

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

Renato Alves Ribeiro Neto

**A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DA
ADPF 132 E DA ADI 4.277 À LUZ DA TEORIA DE ROBERT ALEXY**

Belo Horizonte
2015

Renato Alves Ribeiro Neto

**A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DA
ADPF 132 E DA ADI 4.277 À LUZ DA TEORIA DE ROBERT ALEXY**

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, sob a orientação da Profa. Dra. Mônica Sette Lopes, na linha de pesquisa “História, Poder e Liberdade”, vinculada ao projeto coletivo “Ciência do Direito: Métodos, Dinâmica e Ação” e parte do projeto estruturante “Identidade e Reconhecimento”.

Belo Horizonte
2015

Renato Alves Ribeiro Neto

**A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DA ADPF 132 E
DA ADI 4.277 À LUZ DA TEORIA DE ROBERT ALEXY**

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito final para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Mônica Sette Lopes
(Orientadora)

Bernardo Gonçalves Fernandes
(Avaliador da Casa)

Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno
(Avaliador Externo: PUC-MG)

**Belo Horizonte
2015**

Dedico este trabalho à minha orientadora, à minha família e aos meus amigos, sempre, aos meus grandes amigos.

*The world has grown so suspicious of anything
that looks like a happily married life.*

Oscar Wilde

RESUMO

Esta dissertação avaliou o papel assumido pelo Supremo Tribunal Federal e a qualidade da decisão conjunta da ADPF 132 e da ADI 4.277, em que a união homoafetiva foi reconhecida, por unanimidade, como entidade familiar, sendo-lhe estendido o regime de união estável na exata forma como é regulado pelos artigos 226, §3º, da Constituição Federal, e 1.723 do Código Civil. O marco teórico utilizado foi a teoria de Robert Alexy, complementado pelas obras de Alexandre Trivisonno, Luís Roberto Barroso e José Reinaldo Lopes. O enfoque principal dado pela pesquisa foi uma análise crítica da argumentação jurídica que fundamentou o caso e da função exercida pela corte frente à expectativa social e aos limites constitucionais. Fez-se uma contextualização histórica e comparativa da situação dos direitos dos homossexuais no Brasil, avaliando o sucesso do movimento homossexual em sua campanha pelo reposicionamento das identidades homossexuais na cultura e, por meio dela, na política e no direito. Analisaram-se os principais argumentos utilizados pelos ministros do STF; distinguiu-se a tese prevalente (interpretação extensiva) da tese dissidente (integração de lacuna por analogia); e avaliou-se a qualidade técnica da decisão. Avaliou-se o papel representado pelo STF e sua contribuição para o equilíbrio entre Judiciário e Legislativo. Concluiu-se que têm sido bem sucedidos os esforços do movimento homossexual em sua busca por reconhecimento e igualdade e que a decisão tomada pelo STF foi um avanço civilizatório que aprimorou a democracia brasileira. Concluiu-se também que a tese da integração por analogia seria uma solução mais equilibrada para o caso, na medida em que reconheceria os mesmos direitos substanciais da união estável às relações homoafetivas sem alterar profundamente a dinâmica constitucional estabelecida pela jurisprudência da corte (ADI 815-3). A tese da interpretação extensiva adotada pelo STF também seria razoavelmente defensável, mas a fundamentação efetivamente apresentada pelos ministros não foi suficiente para superar a carga argumentativa imposta para alteração de desígnio do Constituinte originário expresso clara e inequivocamente. A ausência de motivação satisfatória indicou uma exacerbação da discricionariedade do STF e uma invasão na competência do legislador. Apesar do inequívoco avanço civilizatório, o papel ativista, da forma como foi assumido expressamente pela corte, afetou negativamente o equilíbrio institucional e deixou como herança jurisprudencial uma considerável margem à arbitrariedade e ao subjetivismo.

Palavras-chave: Direito. Controle de constitucionalidade. Ponderação. Uniões homoafetivas.

ABSTRACT

This dissertation assessed the role played by the Brazilian Supreme Court (STF) and the quality of the judicial review, requested through ADPF 132 and ADI 4.277, in which the court unanimously recognized same-sex unions as legal, under the articles 226, §3º, of the Federal Constitution, and 1.723 of the Civil Code. Robert Alexy theory of the constitutional rights and legal discourse was used as main theoretical reference, complemented by the works of Trivisonno, Barroso and Lopes. The study focused the review of the legal arguments presented to and by the court and also of the role played by court considering the social expectations and constitutional boundaries involved. A historical and comparative background of the condition of gay rights in Brazil was established, assessing the success of the organized homosexual movement in reinterpreting the position and the identity of the group in the Brazilian culture, which generated relevant legal and political impacts. The main arguments presented by the Court were thoroughly analyzed; a distinction was made between the (winning) “extensive interpretation thesis” and the (dissident) “gap integration by analogy thesis”; and level of rationality of the decision was evaluated. The role played by the STF and how it affected the balance between the Judicial branch and the Legislative branch were analyzed. The study concluded that the efforts of the organized homosexual groups have been successful in its campaign for recognition and equality, and also that the adjudication rendered by the Supreme Court represented a great democratic achievement. It also concluded that the “gap integration by analogy thesis” would be a more reasonable solution for the case, because it would still recognize the same substantial rights to the same-sex unions, without interfering profoundly with the “constitutional dynamics” strongly expressed in the precedents of the Court, especially in the ADI 815-3. The “extensive interpretation thesis”, adopted by the Court, would also be reasonably defensible, but the arguments effectively presented to support it were not enough to overcome the heavy argumentative burden imposed over the judicial review by clear and irrefutable determinations of the original creators of the Brazilian Constitution. Such absence of sufficient reasons in support of the decision made indicate that the Court invaded the area of discretion of the legislator. Finally, despite the unquestionable legal advance that the decision promoted regarding equality and recognition of a minority, the activist role declaredly assumed by the Court affected the institutional balance negatively and left a dangerous legacy of arbitrariness and judicial subjectivity.

Keywords: Law. Judicial review. Balancing. Same-sex unions.

LISTA DE SIGLAS

Ação Direta de Inconstitucionalidade	ADI
Advocacia Geral da União	AGU
Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental	ADPF
Artigo (de lei, tratado, etc.)	Art.
Associação Brasileira GLBTT	ABGLT
Associação de Travestis e Transexuais de Minas Gerais	ASSTRAV
Centro de Educação Sexual	CEDUS
Código Civil	CC
Conferência Nacional dos Bispos do Brasil	CNBB
Constituição Federal (Constituição da República Federativa do Brasil)	CF
Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros	GLBTT
Grupo de Estudos em Direito Internacional da UFMG	GEDI-UFMG
Grupo Gay da Bahia	GGB
Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística	IBGE
Instituto Brasileiro de Direito de Família	IBDFAM
Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero	ANIS
Ordem dos Advogados do Brasil	OAB
Organização das Nações Unidas	ONU
Organização Não-Governamental	ONG
Procuradoria Geral da República	PGR
Programa Conjunto das Nações Unidas sobre HIV/AIDS	UNAIDS
Sociedade Brasileira de Direito Público	SBDP
Supremo Tribunal de Justiça	STJ
Supremo Tribunal Federal	STF
Tribunal Regional Federal	TRF
Tribunal Superior Eleitoral	TSE
União Brasileira dos Estudantes Secundaristas	UBES
União das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura	UNESCO
Universidade Estadual do Rio de Janeiro	UERJ
Universidade Federal de Minas Gerais	UFMG
União Nacional dos Estudantes	UNE

SUMÁRIO

SUMÁRIO.....	8
1 INTRODUÇÃO.....	10
2 UNIÃO HOMOAFETIVA NO BRASIL E O JULGAMENTO NO STF	13
2.1 Uma herança de ódio e perseguição	20
2.1.1 <i>A virada romano-cristã contra a homossexualidade</i>	20
2.1.2 <i>O recrudescimento da perseguição aos homossexuais</i>	23
2.1.2.1 Origem da repressão à homossexualidade no Brasil	26
2.1.3 <i>O cientificismo e a patologização da homossexualidade</i>	28
2.2 O movimento gay e a virada do milênio.....	32
2.2.1 <i>A homossexualidade na cultura brasileira da virada do milênio</i>	38
2.2.2 <i>Circunstâncias políticas que antecederam a decisão</i>	48
3 ESTUDO DA DECISÃO À LUZ DA TEORIA DE ROBERT ALEXY	53
3.1 A argumentação jurídica doutrinária que embasou a decisão	54
3.1.1 <i>Evolução do conceito de família e interpretação do texto constitucional</i>	57
3.1.2 <i>Princípios constitucionais que impõem o reconhecimento</i>	61
3.1.2.1 Princípio da igualdade	61
3.1.2.2 Princípio da liberdade.....	64
3.1.2.3 Princípio da dignidade da pessoa humana.....	65
3.1.2.4 Princípio da segurança jurídica.....	65
3.1.3 <i>Lacuna e analogia</i>	66
3.1.4 <i>Moral Crítica e Direito ao Reconhecimento</i>	68
3.2 Análise e avaliação da fundamentação à luz da teoria de Robert Alexy.....	72
3.2.1 <i>Identificação dos principais argumentos do acórdão</i>	74
3.2.2 <i>A análise crítica dos argumentos feita por Alexandre Trivisonno</i>	78
3.2.2.1 Interpretações possíveis e integração de lacuna por analogia	82
3.2.2.2 Possíveis alternativas de decisão e sua avaliação	86
3.2.2.2.1 A hierarquia entre normas constitucionais	87
3.2.2.2.2 Ponderação: princípio da igualdade e princípio do respeito às regras postas.....	89
3.2.2.3 Conclusão de Trivisonno	92
3.2.3 <i>Análise crítica final da argumentação que fundamenta a decisão do STF</i>	94
3.2.3.1 Posições jurídicas: os direitos como competência.....	95
3.2.3.2 A regra posta pelo Constituinte originário – limites interpretativos do art. 226, §3º, da CF	101

3.2.3.3 Ponderação entre um princípio material e um princípio formal não embasado em princípios materiais substanciais	114
3.2.3.4 Direito ao reconhecimento e implicações jurídicas da decisão – casamento e adoção	117
3.2.3.5 Ponderação em sentido estrito – interpretação extensiva e analogia.....	124
3.2.3.5.1 Identidade entre as soluções da hierarquia entre normas constitucionais e da ponderação em sentido estrito	124
3.2.3.5.2 Considerações sobre o modelo adotado por Trivisonno.....	128
3.2.3.5.3 Interpretação extensiva e analogia.....	133
3.2.3.6 Alternativas finais de decisão	140
3.2.3.7 Críticas frequentes à ponderação e as respostas de Alexy	143
4 O PAPEL ASSUMIDO PELO STF	147
4.1 A crítica de Lênio Streck à ADPF 132	147
4.2 A posição intermediária adotada e a crítica à postura de guardião da constituição	152
4.3 Decisão <i>contra legem</i> ?.....	159
4.4 O mandamento da sinceridade argumentativa e a superioridade moral da minoria estigmatizada	162
5 CONCLUSÃO.....	173

1 INTRODUÇÃO

O objeto desta dissertação é a decisão conjunta tomada pelo Supremo Tribunal Federal na Arguição de Preceito Fundamental nº 132 e na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277, em que a união homoafetiva foi reconhecida, por unanimidade, como entidade familiar, sendo-lhe estendido o regime de união estável, na exata forma como foi regulado pelos artigos 226, §3º, da Constituição Federal, e 1.723 do Código Civil brasileiro.

A decisão tomada pelo STF teve extrema importância para a consolidação dos direitos dos homossexuais no Brasil, foi ao encontro das reformas legislativas que têm sido promovidas nas grandes democracias do ocidente e trouxe várias consequências para o sistema jurídico nacional, as quais foram abordadas neste trabalho.

O marco teórico utilizado para a análise da decisão e de sua fundamentação foi a teoria de Robert Alexy, filósofo do direito da Universidade de Kiel, conhecido principalmente por suas monumentais obras em teoria da argumentação jurídica e em direitos fundamentais. Utilizaram-se também, como importante teoria complementar, as obras de Luís Roberto Barroso, José Reinaldo de Lima Lopes e, especialmente, de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno sobre o caso.

O texto foi dividido em três seções cujas perspectivas metodológicas têm natureza predominantemente distinta, respectivamente: empírica, analítica e normativa. As diferentes perspectivas adotadas em cada uma das seções têm uma função narrativa retomada na conclusão do trabalho. A pesquisa como um todo, tem um caráter empírico, até porque se trata de estudo pontual de um caso concreto da jurisprudência brasileira. Mesmo assim, acredita-se que a leitura sobre a obra de Robert Alexy permitirá alcançar conclusões normativas importantes para a dogmática jurídica brasileira.

Na primeira parte do estudo, eminentemente empírica, fez-se uma contextualização histórica e comparativa da situação dos direitos dos homossexuais no Brasil, recorrendo especialmente aos trabalhos de Anderson Ferrari, Neil Franco, Silvano Bomfim, Luiz Mott e, principalmente, Leonardo Antônio Soares e Manuela Felicíssimo. Deu-se um enfoque especial aos valores herdados da tradição romano-cristã ocidental e aos discursos midiáticos sobre a temática da homossexualidade que influenciaram a sociedade brasileira no

período. Em suma, tentou-se contar de forma breve, mas não rasa, a história da homossexualidade no ocidente e no Brasil que antecede o acórdão do STF, especialmente o reposicionamento da identidade homossexual no campo da cultura e, por meio dela, na política e no direito.

Na segunda parte, marcadamente analítica, recorreu-se ao trabalho de Alexandre Trivisonno, que já lançara mão da teoria de Robert Alexy para dissecar, no caso estudado, os principais argumentos utilizados pelos ministros do STF em sua fundamentação e para avaliar a qualidade da decisão. Contrapôs-se a análise de Trivisonno aos estudos de Luís Roberto Barroso e José Reinaldo de Lima Lopes sobre a temática, os quais influenciaram profundamente o caso estudado, sendo reiteradamente utilizados, tanto pelos propositores das ações constitucionais, como pelos ministros do STF em suas motivações.

Em seguida, na terceira seção do trabalho, fez-se uma reflexão de cunho essencialmente normativo sobre a atuação dos juízes e sua relação com a equidade. Buscou-se, por meio de uma abordagem crítica, pôr em perspectiva a decisão tomada pelo STF e suas consequências, avaliando a função de uma corte constitucional e a rigidez da fronteira entre o Judiciário e o Legislativo no controle de constitucionalidade.

Este estudo foi o resultado de uma série de pesquisas, que foram sendo encadeadas desde a graduação, sobre a obra de Robert Alexy e sobre a relação entre o discurso jurídico e o discurso prático-geral, especialmente por meio da análise de argumentos utilizados na fundamentação da jurisprudência constitucional brasileira. Estudou-se, por exemplo, em Monografia de conclusão de curso (RIBEIRO NETO, 2009), a decisão do STF na ADPF 153, que recepcionou a Lei da Anistia de 1979, reconhecendo sua constitucionalidade. O aprendizado adquirido a partir da execução daquele trabalho foi principalmente metodológico. O enfoque dado então fora quase exclusivamente analítico e resultara em um texto vasto, maçante e até raso como relato histórico e leitura crítica.

Buscou-se, com esta dissertação, superar tais limitações e deixar uma contribuição efetiva e acessível à teoria jurídica, no mínimo sob a forma de um testemunho das impressões que o contexto histórico vivido pessoalmente deixou quanto à relação da sociedade, do universo jurídico e do corpo universitário com a homossexualidade e com as reivindicações dos homossexuais por direitos. O tempo no qual foi tomada a decisão do STF foi vivido pessoalmente e essa relação subjetiva certamente influenciou e até inspirou as interpretações presentes neste trabalho.

Em parte porque já se aprofundou a teoria de Alexy em trabalho anterior e em parte por uma opção metodológica, absteve-se de fazer novo apanhado de todo arcabouço teórico utilizado para embasar a pesquisa, especialmente porque isso tem sido feito de forma hábil e consistente por outros pesquisadores, como o próprio Alexandre Trivisonno (2013 e 2014), Thomas Bustamante (2005 e 2010) e Mhardoqueu França (2015). Indica-se também, nesse sentido, a leitura direta de obras recentes e bastante didáticas de Robert Alexy (2005a, 2009, 2014a e 2014b).

O enfoque principal dado por essa pesquisa foi o caso analisado, assumindo-se como propósito metodológico a tarefa de dar uma maior concretude ao estudo e vida à integração entre teoria e realidade. Entende-se que a ilustração feita do contexto no qual foi tomada a decisão da ADPF 132 ficou ainda mais completa e fidedigna porque se recorreu, como referência teórica complementar, a obras doutrinárias produzidas logo antes, durante ou logo depois do julgamento.

Por fim, revela-se uma tendência do pesquisador em favor do mérito da decisão e até mesmo além dela: a favor da extensão de todos os direitos familiares aos homossexuais, inclusive quanto ao casamento e à indistinta adoção de crianças por casais gays. É importante que o leitor leve essa inclinação subjetiva em consideração ao ler este trabalho, de forma a corrigir as distorções que acabam escapulindo, apesar de todo o esmero na busca pela objetivação científica do conhecimento produzido.

2 UNIÕES HOMOAFETIVAS NO BRASIL E O JULGAMENTO NO STF

A decisão conjunta da ADPF 132 e da ADI 4.277, pelo STF, em maio de 2011, a qual reconheceu a união homoafetiva como instituto jurídico, é um emblema histórico e jurídico da conquista de direitos, de espaço e de reconhecimento pelos homossexuais no Brasil, que simboliza o ápice de uma longa e árdua revolução de valores intensificada principalmente desde as décadas de 70 e 80 do século XX.

No dia 27 de fevereiro de 2008, foi protocolada a Arguição de Preceito Fundamental nº 132, assinada pelo Governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral, e pela Procuradora-Geral do Estado, Lúcia Léa Guimarães Tavares. O Governador se insurgiu contra a recusa do judiciário estadual em reconhecer os benefícios trabalhistas e previdenciários previstos nos artigos 19, II e V, e 33, ambos do Decreto-lei estadual nº 220/75. A ação pleiteava (i) o reconhecimento de que o regime jurídico das uniões estáveis também deve se aplicar às uniões homoafetivas; (ii) interpretação conforme a CF dos arts. 19, II e V, e 33, ambos do Decreto-lei estadual nº 220 de 1975, em ordem a assegurar os benefícios ali previstos aos parceiros de uniões homoafetivas estáveis e (iii) a declaração de que as decisões judiciais que se orientam em sentido contrário ao propugnado na inicial violam preceitos fundamentais (BRASIL, 2011). A ação pedia, residualmente, que, caso se entendesse pelo não cabimento da ADPF, deveria ser recebida como ADI e se estendesse o pleito também à interpretação conforme do art. 1.723 do Código Civil de 2002, que define o regime jurídico da união estável: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”. A ação foi distribuída para o Min. Carlos Ayres Britto.

A Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro (ALERJ) se manifestou nos autos, em 09 de maio de 2008, alegando perda parcial do objeto da ação e apontando que já fora promulgada a Lei Estadual 5.034 de 2007, cujo projeto de lei fora apresentado pelo próprio arguente, alterando o texto da lei que ensejou a ADPF 132 e equiparando as parcerias homoafetivas às uniões estáveis heterossexuais para fins de reconhecimento de direitos previdenciários.

O Advogado-Geral da União (AGU), José Antônio Dias Toffoli, se manifestou nos autos no dia 06 de junho de 2008, suscitando uma dúvida quanto à legitimidade do Governador do Estado do Rio de Janeiro para estender a arguição a todos os estados da

federação, mas concordando parcialmente com o mérito, considerada a perda parcial do objeto apontada pela ALERJ.

A Procuradoria-Geral da República (PGR), representada Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira, manifestou-se nos autos da ação, no dia 02 de julho de 2009, defendendo que o Governador do Rio de Janeiro teria, sim, legitimidade para arguir a aplicação inconstitucional dos preceitos fundamentais por tribunais de outros estados. Segundo ela, a ausência de pertinência temática suscitada pelo AGU não seria procedente, pois não importa avaliar se há afetação aos interesses do estado-membro, mas se a matéria é de sua competência, como de fato é: a CF partilha competências comuns para "zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas" (art. 24, I, CF) e para "combater [...] os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos desfavorecidos" (art. 24, X, CF).

A PGR concordou integralmente com o mérito da ação e pleiteou a declaração de obrigatoriedade do reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, com requisitos idênticos aos da união estável – reafirmados os mesmos direitos e deveres das uniões estáveis heterossexuais. Ao invés de dar suporte ao pedido residual de recebimento da ADPF como ADI, a PGR protocolou, em 22 de julho de 2009 (apenas vinte dias depois de sua manifestação nos autos da ADPF 132), a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277, baseando-se em parecer do então professor titular de direito constitucional da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ), Luís Roberto Barroso, e trazendo os autos a representação de várias organizações que representam o movimento gay e lutam por direitos dos homossexuais no Brasil. A PGR apontou como principal obstáculo: o art. 226, §3º, da CF, que praticamente reitera o texto do questionado artigo 1.723 do CC: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”. Defendeu-se que a resposta deveria ser a preservação da regra constitucional, aplicando-a por analogia aos relacionamentos homoafetivos e interpretando conforme o texto do artigo art. 1.723 do código civil. A ADI proposta pela PGR foi distribuída para a Min. Ellen Gracie, em 03 de agosto de 2009.

A Presidente da República, Dilma Rousseff, também se manifestou em favor da ação, por meio de petição assinada pelo Advogado da União Rogério Marcos de Jesus Santos, em 07 de agosto de 2009. A Câmara dos Deputados, por meio de manifestação assinada por seu presidente, o Deputado Michel Temer, se absteve de informar o processo.

O Senado Federal, por sua vez, em petição encaminhada pelo presidente do Congresso Nacional, o Senador José Sarney, e assinada pelo Advogado do Senado Federal, Asael Souza, e pelo Advogado-Geral do Senado Federal, Luiz Fernando Bandeira, sustentou a inexistência de inconstitucionalidade do art. 1.723 do CC, cujo texto corresponderia inequivocamente ao da regra constitucional encontrada no §3º, do art. 226, da CF. Alegou principalmente que é vedada pela própria jurisprudência do STF a declaração de inconstitucionalidade de dispositivos constitucionais originais. O Senado defendeu que somente o legislador poderia estender à união homoafetiva o regime jurídico da união estável, devendo o judiciário, no máximo, reconhecê-la como entidade própria, distinta da familiar, ainda que objeto de igual proteção do Estado por meio de tratamento analógico aplicado em cada caso concreto, até onde exista identidade de matéria com a união estável heterossexual.

O Advogado-Geral da União, Dias Toffoli, se manifestou uma vez mais, dessa vez em relação à ADI movida pela PGR. Posicionou-se pela procedência dos pedidos, especialmente em favor da interpretação conforme a Constituição do artigo 1.723 do CC, de forma a contemplar, no conceito de entidade familiar, a união estável entre pessoas do mesmo sexo, desde que atendidos os mesmos requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher.

O ingresso dos seguintes *amici curiae* foi acatado no processo: Conectas Direitos Humanos; Escritório de Direitos Humanos do Estado de Minas Gerais; Grupo Gay da Bahia (GGB); Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero (ANIS); Grupo de Estudos em Direito Internacional da Universidade Federal de Minas Gerais (GEDI-UFMG); Centro de Referência de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros do Estado de Minas Gerais (Centro de Referência GLBTT); Centro de Luta pela Livre Orientação Sexual; Associação de Travestis e Transexuais de Minas Gerais (ASSTRAV); Grupo Arco-íris de Conscientização Homossexual; Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais (ABGLT); Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM); Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP); Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB); Associação de Incentivo à Educação e Saúde do Estado de São Paulo; e Associação Eduardo Banks.

No dia 02 de março de 2011 o processo foi encaminhado à Presidência do Supremo Tribunal Federal com o objetivo de que fossem os autos redistribuídos, por prevenção, ao relator da ADPF 132, Min. Ayres Britto. Fundando-se na coincidência de

objetos das ações, a ADI 4.277 foi, assim, redistribuída para o relator da ADPF 132, em 11 de março de 2011.

O julgamento ocorreu nas sessões dos dias 04 e 05 de maio de 2011 e a decisão foi unânime em favor da extensão do regime jurídico da união estável às uniões homoafetivas. Decidiu-se pela perda parcial de objeto da ADPF e pelo recebimento, na parte remanescente, como ADI. Julgaram-se conjuntamente as duas ações em razão da convergência de objetos entre ações de natureza abstrata. Declarou-se que o significado do termo “família” na Constituição Federal não advém de concepções ortodoxas e que o direito subjetivo de constituí-la não pode ser interpretado de forma reducionista. Nos termos do acórdão:

O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica (BRASIL, 2011, p. 2335).

Julgou-se imprescindível, para a manutenção da isonomia entre homossexuais e heterossexuais, interpretar a regra constitucional, em sua referência à composição dos casais por homem e mulher, como mera ênfase protetiva às mulheres, em referência a sua recém-conquistada posição de igualdade frente ao homem. Qualquer interpretação que conclua pela hierarquização entre os gêneros humanos feriria o princípio da igualdade.

Interpretou-se conforme a Constituição o art. 1.723 do CC, reconhecendo a união homoafetiva como família e dando procedência às ações. Excluiu-se expressamente do dispositivo “qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva” (Ibid., p. 2336).

Apesar de a decisão ter sido tomada por unanimidade entre os nove ministros que participaram do julgamento, houve divergências laterais quanto à fundamentação do acórdão. Enquanto os Min. Luiz Fux, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa, Marco Aurélio e Celso de Mello acompanharam o relator em sua leitura de que a Constituição já regulamentava positivamente a matéria e tinha a interpretação de que é obrigatório o reconhecimento da união homoafetiva como única sistemicamente possível; os Min. Ricardo

Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso entenderam que haveria uma lacuna na Constituição, a qual somente poderia ser resolvida por meio de integração por analogia (TRIVISONNO, 2013, p. 204).

A decisão do STF foi eloquente em sua afirmação da inexistência de distinção legal válida entre os casais heterossexuais e os homossexuais. O parágrafo terceiro do já referido art. 226 da CF estabelece que a lei deve facilitar a conversão em casamento. Pedidos de reconhecimento de união estável de casais do mesmo sexo e sua conseguinte conversão em casamento começaram a pipocar pelos cartórios de todo o país, muitos dos quais efetuaram o conversão. Entretanto, o entendimento não foi unânime e a maior parte dos cartórios nacionais hesitou perante a novidade ou rejeitou inteiramente a possibilidade legal.

Com o objetivo de homogeneizar a aplicação da lei pelos cartórios, em 14 de maio de 2013, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), então presidido pelo Min. Joaquim Barbosa, aprovou resolução proposta pelo próprio presidente por meio da qual passou a ser obrigatória a conversão da união estável homoafetiva em casamento pelos cartórios de todo o país. Determinou a resolução que: “é vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo” (RECONDO, 2013). A resolução foi aprovada por quatorze votos a um. Apenas a conselheira Maria Cristina Peduzzi votou contra a medida. O subprocurador da República, Francisco de Assis Sanseverino, também se posicionou contrariamente à decisão e citou os votos dos ministros Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski, que, apesar de favoráveis ao reconhecimento da união homoafetiva, deixaram claro que a decisão não legalizava o casamento (Ibid.).

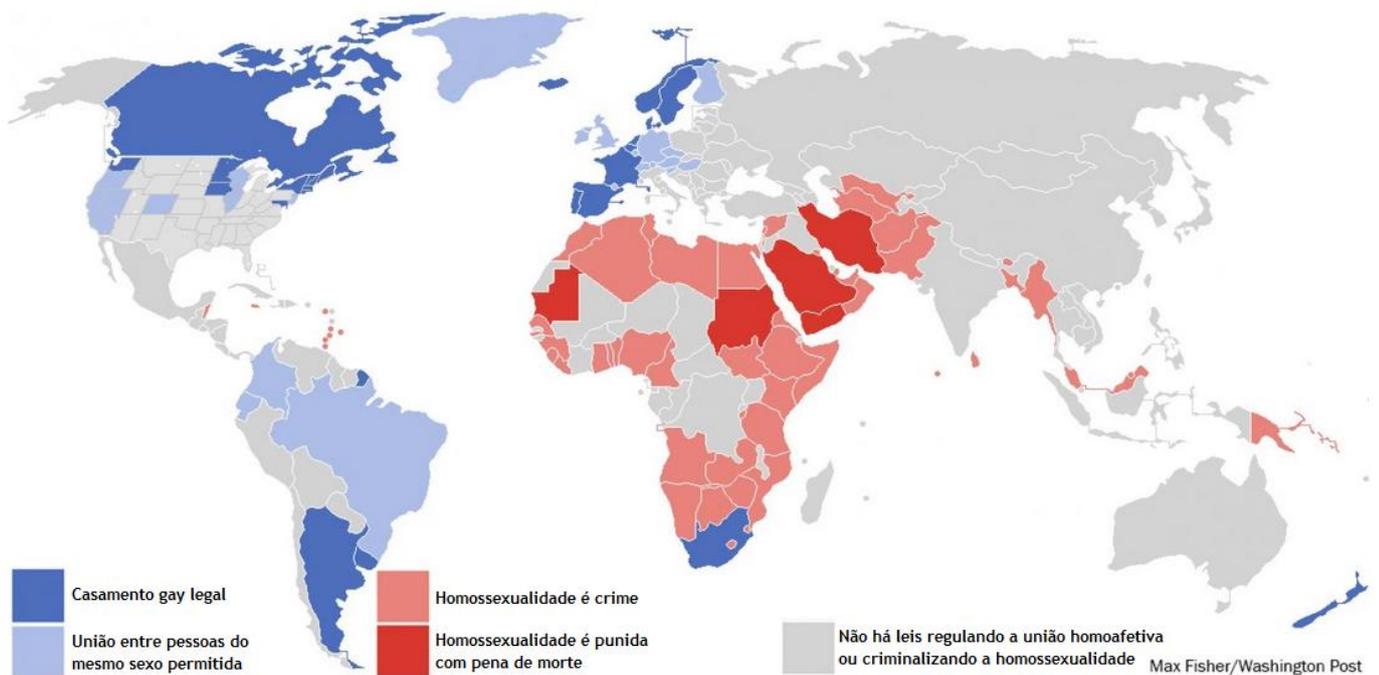
Há alguns dias, a resolução do CNJ completou dois anos. Segundo o jornal Estado de São Paulo, foi registrada a realização de 3,7 mil casamentos entre pessoas do mesmo sexo desde sua entrada em vigor, em 16 de maio de 2013, dois dias depois de sua aprovação. São Paulo foi o estado líder em número de registros de casamento, com 1.945. Desse número, 897 foram uniões entre homens e 1.048, entre mulheres. O único estado a não registrar casamentos entre pessoas do mesmo sexo no período foi o Acre. Em Minas Gerais foram 209 casamentos, no Rio 211 e no Distrito Federal 245 (BRASIL REALIZOU, 2015).

As demandas homossexuais por mais direitos, tratadas pelo STF na decisão referida, também foram enfrentada pelas cortes constitucionais e pelos Legislativos de outros

países do mundo. As principais democracias do ocidente abordaram de forma semelhante, mesmo que em sua maioria absoluta tenham promovido a reforma legal pela via legislativa.

É importante entender a contexto histórico e político no qual a decisão foi tomada para poder lhe atribuir o devido contorno e importância. Por essa razão, posicionou-se historicamente o movimento gay do final do século XX repassando os pontos principais da perversa herança cultural recebida pelas democracias ocidentais, em especial a brasileira. Por fim, detalhou-se o cenário político, jurídico, social e cultural no qual foi tomada a decisão, de forma a permitir a compreensão dos fatores que lhe foram influentes e determinantes e a identificação dos discursos e valores que permearam sua fundamentação.

Para que se possa ter em mente, desde já, o panorama da situação atual dos direitos homossexuais no mundo, fornece-se um mapa comparativo, atualizado até 26 de junho 2013 (THIS MAP, 2013, tradução nossa):



O mapa revela um quadro alarmante e recente de criminalização da homossexualidade e, ainda mais grave, de pena de morte para a prática de atos homossexuais. Segundo relatório da ONU de 2011, dúzias de países não só possuíam leis vigentes que criminalizavam a homossexualidade, como ainda as executavam, situação que, infelizmente, não se alterou muito até o momento atual. Profundamente perturbadora é a constatação de que, dos 76 países que criminalizavam a homossexualidade, cinco previam possibilidade de punição à prática com pena de morte: Mauritânia, Sudão, Arábia Saudita, Iêmen e Irã (UN ISSUES, 2011).

O mapa mostra também outro lado da mesma realidade, relacionado ao reconhecimento dos direitos homossexuais, especialmente quanto à legalização das uniões entre pessoas do mesmo sexo. As sociedades das principais democracias ocidentais têm vivenciado uma mudança profunda e impactante da qual o papel representado pelo STF foi apenas um capítulo.

Desde o final do século XX até 2008, ano em que foi proposta a ADPF 132, diversos Estados ocidentais já haviam se deparado com reivindicações de direitos por parte dos homossexuais, especialmente relacionadas ao reconhecimento de uniões homoafetivas. A Dinamarca instituiu, em 1989, a parceria registrada para casais do mesmo sexo, no que foi seguida por outros países europeus ao longo da década de 90, como Holanda e Bélgica. Nesse caso, a criação do instituto jurídico foi feita pelo Legislativo, mas em outros casos, diante da inércia do legislador, foi necessário que houvesse atuação direta do Judiciário para que fossem ampliados os direitos dos homossexuais quanto à constituição de família. Foi assim, por exemplo, na Hungria em 1996, em Israel em 1994, no Canadá em 2003, na África do Sul entre 2003 e 2005, e em alguns estados americanos entre as décadas de 1990 e 2000 (Havaí, Alaska, Vermont, Massachusetts e Nova Jersey). Depois disso, Nova Zelândia (2004), Espanha (2005), Itália (2007), Noruega (2008 a 2009), Suécia (2009), Portugal (2010), Islândia (2010), Argentina (2010) e vários outros estados americanos legislaram em favor da união ou do casamento homossexual (SAME-SEX MARRIAGE, 2012).

“A homossexualidade foi ao longo dos tempos e das diferentes culturas, motivo de punição, de vergonha, segregação e violência” (MOLINA, 2012, 950); ou, nas palavras de Luiz Mott (2001, p. 41):

Os últimos quatro mil anos, nas diferentes civilizações que serviram de matriz à cultura ocidental, a homossexualidade foi rotulada por diversos nomes atroztes que refletem o alto grau de reprovação associado a esta performance erótica: abominação; crime contra a natureza; pecado nefando; vício dos bugres; abominável pecado de sodomia; velhacaria; descaração; desvio; doença; viadagem; frescura, etc. E os homossexuais – mais os do sexo masculino do que as lésbicas – foram condenados a diferentes penas de morte: apedrejados, segundo a Lei Judaica; decapitados, por ordem de Constantino em 342 d. C.; enforcados, afogados ou queimados nas fogueiras da Inquisição, durante a Idade Média e até os tempos modernos; despedaçados na boca de um canhão, como se registrou no Maranhão colonial; queimados pelos nazistas nos campos de concentração. Hoje, no Brasil, a cada dois dias, um gay, travesti, transexual ou lésbica é brutalmente assassinado, vítima da homofobia – o ódio à homossexualidade, fazendo de nosso país o campeão mundial de crimes homofóbicos. Por todo o país, pais e mães proclamam sem pejo: “prefiro um filho ladrão do que homossexual” ou “antes uma filha prostituta do que lésbica”.

Vê-se claramente que o importante conflito enfrentado pelo STF é comum a todos os povos e suas raízes podem ser encontradas espalhadas pela história das civilizações.

2.1 Uma herança de ódio e perseguição

As diversas culturas e religiões, durante a história da humanidade, alternaram momentos de maior e menor opressão à homossexualidade, mas também já a trataram como algo natural. Para poder dar contornos apropriados à grandeza do momento histórico no qual atuou o STF por meio da referida decisão, abordou-se breve e superficialmente como ocorreu a original virada da civilização romana de uma relativa tolerância e coexistência pacífica com a homossexualidade para uma longa era de preconceito, ódio e repressão.

A história não é homogênea. Nos dois milênios em que o ocidente mais repeliu a homossexualidade, houve idas e vindas e momentos excepcionais de relaxamento do moralismo e da caça à sodomia. O que marcou profundamente os horrores sofridos pela minoria homossexual foram os picos de intolerância. Justamente por isso, destacam-se, nas próximas páginas, os três períodos marcantes dos últimos dois milênios mais comumente apontados pelos estudos da história da homossexualidade: (a) a virada romano-cristã contra a homossexualidade, nos anos de queda do Império; (b) o recrudescimento da perseguição religiosa aos homossexuais, a partir da Baixa Idade Média; e (c) o moralismo da Era Vitoriana, a patologização da homossexualidade e o cientificismo, que culminaram nos massacres da primeira metade do século XX.

2.1.1 A virada romano-cristã contra a homossexualidade

Na antiguidade, a maior parte das religiões politeístas possuía deidades que mantinham relações sexuais com pessoas do mesmo sexo. “Antes da ascensão do monoteísmo, os modelos de deuses e deusas para a adoração apresentavam imagens ambivalentes, sendo a bissexualidade quase uma norma teológica” (SOARES, 2009, p. 18). Soares destacou que, na passagem do politeísmo ao monoteísmo, especialmente do hinduísmo para o judaísmo, o que se constata não é a rejeição à homossexualidade em si, mas ao sexo sem a finalidade de procriação, o qual não teria proteção divina.

O historiador da Universidade de Aberdeen, William Naphy (2006), estudou em detalhes as relações homossexuais desde a antiguidade e produziu estudos comparados entre civilizações ocidentais e orientais. Segundo demonstrou, Mesopotâmia, Índia e até mesmo China viveram períodos de tolerância e aceitação da relação sexual entre pessoas do mesmo sexo. Para os politeísmos da antiguidade, sexo era uma questão de gosto e o gênero do parceiro sexual de um deus não teria importância – “[...] a distinção não estava relacionada ao gênero, mas sim nos papéis ativo/passivo” (SOARES, 2009, p. 18).

Na Grécia Clássica o amor entre homens teve inclusive papel de destaque.

A pederastia ateniense e o sistema de laços entre os militares espartanos eram institucionalizados; e tais laços se baseavam no amor, amizade e emoção, sendo colocados acima do matrimônio que, por sua vez, tinha como função a geração de herdeiros.

A pederastia ateniense, onde um jovem (efebo) era possuído por um adulto (erástes) estava associada à educação e a formação de cidadãos. Em muitos casos o erástes era selecionado pela família do efebo e o relacionamento constituía laços entre as duas famílias. As escolas de atletismo eram locais onde se exercia a corte entre os homens. Talvez um dos mais interessantes exemplos de amor entre homens venha de Tebas. Os tebanos eram renomados pelo seu poder militar e, de acordo com a lenda, possuíam um exército chamado de Banda Sagrada que era constituído por cento e cinquenta pares de homossexuais (SOARES, 2009).

São emblemáticas, nesse sentido, as passagens do “Banquete” de Platão (2002), como, por exemplo, a explanação de Aristófanes sobre a pederastia e sua relação com a natureza do amor (PLATÃO, 2002, p. 125 e seg.) e os extensos elogios tecidos por Alcibíades a Sócrates (PLATÃO, 2002, p. 161).

Em Roma, até a incorporação da cultura grega, não se praticava a pederastia. Originalmente, porém, era tabu apenas que homens romanos fossem penetrados. A relação sexual com outros homens em si mesma não era condenada, desde que com prostitutas ou escravos e desde que os romanos se mantivessem ativos (SOARES, 2009, p. 21).

Com o crescimento da importância do cristianismo no Império Romano, após a assinatura do Edito de Milão por Constantino, viu-se uma clara mudança de curso que ditou o rumo dos valores hegemônicos no ocidente desde então, a qual é marcada principalmente pelos Editos de 313 d.C. e de 390 d.C.. “Sob Constantino e seus sucessores, campanhas contra religiões não cristãs e contra a homossexualidade foram empreendidas” (CROMPTON, 2006, p. 131, tradução nossa). Na biografia de Constantino, Eusébio louvava o imperador por suprimir os sacerdotes pagãos em suas práticas homossexuais. Note-se a descrição que Eusébio fez de um templo fenício: “dedicado ao asqueroso demônio conhecido por Vênus...

onde homens indignos de assim serem chamados se esqueceram da dignidade de seu sexo e adoraram o demônio por meio de sua conduta afeminada” (Ibid). Segundo Eusébio, Constantino teria ordenado a destruição desse templo. No Egito, Constantino teria ido além e decretado o extermínio de toda uma classe de sacerdotes composta por homens “efeminados”.

Desde Constantino e seus descendentes, agravou-se a perseguição ao paganismo e à prática da homossexualidade, relacionando uma coisa com a outra e mirando especialmente as seitas de sacerdotes que praticavam a pederastia e que se vestiam de mulheres como exercício de fé. O Edito de 342 d.C., decretado pelos filhos de Constantino e enaltecido na obra de Firmicus Maternus, determinava que fossem punidos com requinte aqueles que se entregassem como mulher no ato sexual. Crompton acredita que essa punição drástica provavelmente implicava pena de morte. Destaque-se que o sujeito sexual ativo não era punido, o que era condizente com a tradição romana de não punição ao parceiro sexual “masculino”.

O Edito de 342 foi incluído no Código Teodosiano de 438 d.C. e, posteriormente, também no icônico Código de Justiniano (CROMPTON, 2006, p. 132 e segs.). Na Idade Média, quando esses códigos foram revividos pelas escolas italianas de direito, a lei de 342 d.C. era frequentemente invocada para justificar a pena de morte para ambos os parceiros em relações sexuais entre homens, sendo citada em estilo tradicional por suas duas palavras iniciais: *Lex cum vir* (Ibid.). Acredita-se que, apesar de sua veemência, a lei não tenha sido aplicada nos anos seguintes. Tal crença se sustenta no conhecimento de que outras leis que traziam proibições da adoração pagã e ordens de fechamento a templos não foram executadas, em razão da composição da sociedade romana por uma maioria pagã.

Cinquenta anos depois, sob o império de Teodósio I, a situação mudou radicalmente. O desastre de Adrianópolis colocou em cheque a hegemonia do Império. A ascensão de Teodósio, que era uma grande personalidade e um cristão fervoroso, em um momento de crise militar e civilizatória, tornou possível a efetivação de medidas drásticas. Em 381, um edito contra sacrifícios levou a uma “orgia de destruição e espoliação” que Crompton (2006, p. 133) comparou à Guarda Vermelha da Revolução Cultural Chinesa. Mesmo que Teodósio não tenha especificamente decretado a destruição de templos pagãos, “turbas de monges e fanáticos, encorajados pelas novas leis, percorreram o território romano demolindo construções” (Ibid.). Esse foi o pano de fundo das seguintes perdas: da destruição do templo de Serapis em Alexandria, reputado a construção mais bela do mundo de então; da extinção do fogo das Virgens Vestais, que queimara em Roma por séculos como um de seus

mais veneráveis cultos; da remoção da estátua da Vitória do Senado; e até da abolição dos Jogos Olímpicos, celebrados por mais de onze séculos – em razão de sua associação a cultos pagãos (Ibid.).

Em 390 d.C., Teodósio emitiu um edito condenando a homossexualidade. “O decreto formulou uma preocupação política específica: efeminação enfraquecerá o estado e afronta a tradição romana” (CROMPTON, 2006, p.134). Os textos que preservaram o conteúdo do decreto e suas interpretações divergem acerca da punição aplicada, algumas fontes apontam para a pena de morte e outras para o aprisionamento de prostitutas nos bordéis e sua queima em praça pública para demonstrar que “a natureza da alma masculina é sacra e que a renúncia ao próprio sexo não deve passar impune da mais severa das penas” (Ibid.). Crompton destacou: naquilo em que os gregos encontraram o amor capaz de inspirar coragem militar, os romanos enxergaram a efeminação do parceiro passivo que colocaria em risco a virilidade de um povo. Edificou-se a nova cultura cristã romana sobre os escombros do paganismo clássico, mas também da queima da perseguição de gigolôs e queima das casas de prostituição masculina.

Foram assim firmados os dois principais pilares da perseguição à homossexualidade no ocidente cristão: (i) a afirmação da masculinidade viril por meio da rejeição à efeminação fragilizante; e (ii) a sacralização do sexo para procriação e a condenação do sexo por prazer.

2.1.2 O recrudescimento da perseguição aos homossexuais

A história da homossexualidade a partir da Baixa Idade Média seria objeto de incontáveis teses e infelizmente não poderá ser dignamente abarcada neste trabalho. Ressaltam-se apenas alguns pontos principais, entre eles a radicalização da repressão fundada nos pilares apontados no item anterior, especialmente a sacralização do sexo para procriação, o que afetou profundamente não somente os homossexuais, mas também os heterossexuais, principalmente as mulheres.

Em 1179, o III Concílio de Latrão foi o primeiro concílio ecumênico a condenar a homossexualidade, e determinava que qualquer pessoa encontrada cometendo “incontinência contra a natureza”, deveria ser punida segundo seu crime e ordem.

Na leitura de Luiz Mott da obra de John Boswell, “Christianity, Social Tolerance and Homosexuality” (MOTT, 2001, p. 48), o primeiro milênio do cristianismo teria sido comparativamente menos intolerante do que o segundo, pois:

Padres, reis e nobres, até santos, foram publicamente reconhecidos como amantes do mesmo sexo; poesia e prosa, de inspiração cortesã ou mística, cantam o amor pelo amigo; a própria expressão gay, popularizada nos meados do século XX nos países de língua inglesa, e depois universalmente, como sinônimo de homossexual, já seria utilizada desde o século XIII, na língua catalã-provençal, como equivalente de “rapaz alegre” (Ibid.).

Segundo Silvano Andrade do Bomfim (2011, p. 78), com o declínio do Império Romano e sua divisão em vários reinos bárbaros, com exceção da Espanha visigótica, houve um momento de relativa tolerância para com a homossexualidade. A situação se agravaria novamente na Europa em meados do século XIII.

A partir do século XIII, recrudesceram dois ódios que marcaram o mundo no segundo milênio cristão: a homofobia e o antissemitismo. Para Mott, o embasamento filosófico da radicalização da perseguição seria a doutrina que considera a sodomia como *peccatum contra naturam*, a qual teria sido desenvolvida a partir da escolástica e, dali em diante, os homossexuais passariam a expiar todos os castigos divinos e calamidades impostas à cristandade.

É nesse sentido que Soares (2009, p. 22) destacou que, no final do século XIV, a condenação pela Igreja Católica dos homossexuais como culpados pelas chagas e destruição causadas pela peste negra na Europa, o que acirrou ainda mais as perseguições e execuções de homossexuais no período.

Destaca-se o texto do título XVII, livro V, das Ordenações Afonsinas do séc. XV (original disponível em: < <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/15pg53.htm>>. Acesso: 15 mai. 2015):

Sobre todos os pecados, bem parece ser o mais torpe, sujo e desonesto o pecado e Sodomia, e não é achado um outro tão aborrecido ante a Deus e o mundo, pois por ele não somente é feita ofensa ao Criador da natureza, que é Deus, mais ainda se pode dizer, que toda a natureza criada, assim celestial como humana, é grandemente ofendida: somente falando os homens neste pecado, sem outro ato algum, tão grande é o seu aborrecimento que o ar não o pode sofrer, mas naturalmente fica corrompido e perde sua natural virtude. Por este pecado lançou Deus o dilúvio sobre a terra e por este pecado soverteu as cidades de Sodoma e Gomorra; por este pecado foi destruída a Ordem dos Templários por toda a Cristandade em um dia. Portanto mandamos que todo homem que tal pecado fizer, por qualquer guisa que ser possa, seja queimado e feito pelo fogo em pó, por tal que já nunca de seu e corpo e sepultura possa ser ouvida memória (AGUIAR, 1926, p. 159).

Não somente as Ordenações Afonsinas, como “todas as Ordenações do Reino de Portugal (Afonsinas, Manuelinas e Filipinas), continham expressa disposição de pena de morte por fogo àquele que exteriorizasse sua homossexualidade” (BOMFIM, 2011, p. 78).

Bonfim relatou como as Ordenações Manuelinas de 1521, previam não somente a morte pelo fogo como punição ao crime de sodomia, mas, também, que “todos os bens do condenado fossem confiscados à Coroa portuguesa, ainda que houvesse descendentes e ascendentes, ficando estes inábeis e infames” (Ibid., p. 79). Tal punição era equivalente àquela resguardada à família de condenados por crime de lesa-majestade. Além disso, qualquer pessoa que informasse à Coroa sobre o cometimento de atos de sodomia seria recompensada com um terço das propriedades do acusado e, caso este não possuísse patrimônio, a Coroa pagaria cinquenta cruzados ao informante, uma vez confirmada a prisão do homossexual. “Caso alguém soubesse da conduta homossexual de outrem e não informasse à Coroa perderia toda a sua propriedade e seria degradado para sempre dos reinos e senhorios de Portugal” (Ibid). Segundo Bomfim, a alínea 3 do mesmo título estendia a punição também às mulheres que praticassem conduta homossexual com outras, o que é raro nas legislações sobre a matéria (Ibid.). A alínea 4 condenava a bestialidade e determinava que os que a praticassem fossem também condenados à morte pelo fogo, mas a prática era considerada menos grave, uma vez que os herdeiros daquele que fizesse sexo com animais não perderiam direito à herança e nem seriam punidos de forma similar aos familiares dos traidores do Rei.

A condenação ao pecado da sodomia e a punição pelo fogo se repetiu nas Ordenações Filipinas de 1603, com o expresse requinte de que, como ocorria com a “heresia qualificada e pertinazmente sustentada, não era o culpado previamente estrangulado. Era queimado vivo” (Ibid.). Bomfim citou Candido Mendes de Almeida em referência ao Alvará de 18 de janeiro de 1614, o qual, notando o grande número de culpados do crime de sodomia, “determinou que as sentenças do Santo Ofício fossem logo executadas pelos juízes seculares”. Nessas ordenações, a mera masturbação entre homossexuais, tipificada como crime de molície, era punida com castigos graves como degredo de galés e outras penas extraordinárias, na proporção da forma e reincidência no pecado. Foi aumentada para a metade do patrimônio do acusado ou para cem cruzados a recompensa aos delatores (ALMEIDA, 1870, p. 1162).

2.1.2.1 Origem da repressão à homossexualidade no Brasil

Luiz Mott partiu da gênese do preconceito anti-homossexual na tradição judaico-cristã, passando pela Idade Média até chegar à Idade Moderna, para fundamentar a ideia de que “a fobia à homossexualidade na sociedade brasileira contemporânea tem relação direta com o projeto civilizatório do macho português no contexto escravista do Novo Mundo” (MOTT, 2001, p. 55). Os colonizadores desembarcaram nas terras do novo continente trazendo em suas consciências um forte sentimento anti-homossexual, registrado nos casos de sodomitas ameaçados de serem lançados ao mar, ou gravemente agredidos, sendo-lhes atribuída culpa pela ira divina manifesta nas frequentes calmarias, tempestades ou epidemias das viagens transoceânicas (Ibid.).

Segundo demonstrou Mott, houve um choque inicial com a cultura sexual dos habitantes nativos do novo continente, os quais praticavam sem pudor atos sexuais completamente antagônicos à moral cristã, tais como o incesto, a poligamia e outras “invenções diabólicas, sobretudo a generalizada prática do abominável e nefando pecado de sodomia” (Ibid., 56). Segundo Mott:

Assim, o primeiro perigo a ser evitado pelos colonizadores era o risco do “contágio” pelo mau pecado. Temor e risco ampliado com a chegada dos primeiros escravos da Guiné, posto que, também na África, documentação fidedigna atesta que o “vício dos bugres” era igualmente conhecido, praticado e, em certas etnias, socialmente aceito e até divinizado. Não é por menos que o primeiro travesti documentado na história pátria é um negro, Francisco Manicongo, membro de uma seita de temidos feiticeiros homossexuais de tradição banto (Ibid.).

Apesar disso, os relatos de homossexualidade entre os próprios colonos também povoam a memória do povo brasileiro em suas primeiras décadas, como, por exemplo, o caso do lavrador de engenho pernambucano que confessa ao Inquisidor praticá-la com seus vizinhos, em 1594. O perfil heterodoxo dos primeiros povoadores europeus do novo continente também contribuía para a formação de um perfil heterodoxo mais propício à prática do que o contexto europeu de então. Segundo Mott, ainda em 1549, desembarcou em Pernambuco (então Nova Lusitânia) o primeiro sodomita degredado pela Inquisição: Estevão Redondo, criado do governador de Lisboa. Diversos outros sodomitas degredados o seguiram, alguns taxados pelos inquisidores de incorrigíveis (Ibid.).

Conforme bem apontou Mott, a arma legal para “cortar a cabeça da hidra sodômica em seu nascedouro estava contida no regimento de instalação das capitanias

hereditárias” (Ibid.), o qual conferia poder aos capitães-mores para condenar à morte os culpados pelos crimes de traição e aliança com índios ou invasores, heresia, fabricação de moeda falsa e prática de sodomia. A homossexualidade era muito mais temida no novo mundo do que na Europa devido à necessidade de um núcleo forte de poder e de um rápido crescimento demográfico decorrente da conjuntura colonial. Afirmavam-se, assim os valores da virilidade do macho conquistador e defensor da terra e da família tradicional patriarcal com suas funções bem definidas. Nos dizeres de Mott:

Numa sociedade em que, generalizadamente, os descendentes dos europeus representavam no máximo 25% da população, se excluirmos desse contingente as mulheres, os idosos e as crianças, restarão aproximadamente 10% de homens brancos, responsáveis pela manutenção da ordem e subserviência da multidão de todos os demais oprimidos.

Somente homens fortes, ultraviolentos, poderosos, conseguiram a proeza de manter sua hegemonia em face de 90% da população carente deste diferencial privilégio: ser macho branco. (...) Um homem delicado, medroso, efeminado, sensível, jamais conseguiria manter o indispensável clima de terror para conservar submissa a “gentalha”, todos os que não eram machos brancos. Daí a repressão brutal contra qualquer efeminação e inversão sexual, por representarem perigosíssimo fator de instabilidade do projeto colonizador e hegemonia dos donos do poder (Ibid, p.58).

Conforme destacaram Trevisan (2007) e Soares (2009), vários europeus que chegavam ao Brasil se chocavam com a prática frequente da sodomia entre os habitantes locais. O padre português, Manoel de Nóbrega, em 1549, relatou que muitos colonos portugueses haviam tomado índios como mulheres. Em sua obra, “Devassos no Paraíso”, João Silvério Trevisan relatou alguns dos principais casos de homossexualidade da aristocracia brasileira da época. Um exemplo notável é o do baiano, Diego Botelho, que foi governador da Bahia entre 1602 e 1607:

[Diego Botelho] se relacionava com seus servos e exercia o papel de ativo e passivo, de acordo com depoimento de um ex-criado durante inquérito inquisitorial, Diego o oferecia presentes e agrados enquanto eram amantes e o levou a cometer o pecado nefando várias vezes (SOARES, 2009, p. 24).

O depoimento de uma testemunha bastava para condenar alguém pelo crime de sodomia e as punições variavam de jejuns e orações a açoites e degredo para países da África. Conforme foi dito acima, o crime de sodomia estava previsto na legislação portuguesa que vigeu no Brasil durante o período. “Cumprir observar que a Lei de 29 de janeiro de 1643 confirmou e revalidou as Ordenações Filipinas, determinando sua observância em todos os ‘reinos e senhorios’ da Coroa portuguesa, o que, à evidência, incluía o Brasil” (BOMFIM, 2011, p. 80). Como as ordenações permaneceram em vigor mesmo após a independência, em 1822, somente em 1830, com o Código Penal do Império, extinguiu-se a criminalização da

homossexualidade no Brasil, mas não a repressão social e até policial silenciosa àqueles que mantivessem relações sexuais com pessoas do mesmo sexo.

Uma reconstrução histórica similar, mas simplificada, foi adotada como fundamento na decisão do STF, especialmente pelo Min. Celso de Mello em seu voto (BRASIL, 2011b, p. 2277 e seg.)

2.1.3 O cientificismo e a patologização da homossexualidade

Conforme bem descreveu Leonardo Machado, em trabalho apresentado na Universidade Federal do Paraná, em 2010, a partir da segunda metade do século XIX, a homossexualidade passou a ser objeto de estudo de médicos e psiquiatras. Uma transformação lenta e profunda se iniciou ali: “o sodomita [...] começou a ser suplantado pelo homossexual, indivíduo de personalidade desviante que não deveria ser julgado por um crime, mas definido e tratado por sua natureza anormal” (MACHADO, 2010, p. 8). O Parlamento Britânico, por exemplo, tornou atos homossexuais uma ofensa penal em 1885 e somente os descriminalizou novamente em 1967 (SAME-SEX MARRIAGE, 2012).

Os séculos XVIII e XIX foram marcados por um processo radical de racionalização e busca por respostas científicas. “A Revolução Francesa e a Revolução Industrial produziram profundos efeitos nas consciências e nos espíritos do século XIX” (Ibid.). A industrialização e a urbanização revolucionaram o modo de vida das pessoas. Diante da ansiedade e da vertigem daqueles tempos, somente “a ciência seria capaz de guiar os indivíduos pelas trevas da modernidade, de oferecer respostas e acalantar os espíritos” (Ibid.). A religião, algoz histórico da homossexualidade no ocidente, perde espaço.

O saber médico foi requisitado para solucionar problemas de toda ordem, como epidemias, higiene e urbanidade. “O sexo heterossexual reprodutivo foi o primeiro a ser interrogado. Com o objetivo de se produzir uma descendência saudável, a burguesia vitoriana olhou para seu sexo, tentando educá-lo e controlá-lo” (Ibid., p. 20). A moralidade burguesa disciplinou sua sexualidade, zelando pelo bom uso de sua intimidade e evitando o dispêndio desnecessário de energias. “Eis a mudança capital situada na virada do século XVIII para o século XIX; o sexo passa a pertencer ao domínio da medicina” (Ibid.).

A imposição de padrões de normalidade e de controle da vida em sociedade passava pelas lentes da medicina. Por essa razão, também o sexo e a produção de uma

descendência saudável e seu potencial de condução da civilização ao declínio, por meio da transmissão de doenças e taras, ensejou uma grande produção de obras científicas no período e a intervenção constante da medicina sobre o corpo dos indivíduos (Ibid.).

Especialmente a partir da segunda metade do século XIX, ganhou contornos científicos a figura do homossexual. O termo homossexualidade foi criado em 1869, utilizado pela primeira vez pelo escritor austro-húngaro Karl Maria Benkert¹. Benkert escreveu panfletos anônimos ao ministro da justiça pedindo a ab-rogação do parágrafo 143 do código penal prussiano que condenava a homossexualidade: “a fornicação entre homens ou entre pessoas e animais será punida de prisão”. Esse parágrafo se tornou o parágrafo 175 do código penal alemão, cuja vigência durou de 1871 à 1994.

Não foi por meio dos escritos de Benkert, porém, que o termo ganhou popularidade. Foi Richard Von Krafft-Ebing², em 1887, na segunda edição de seu “*Psychopathia sexualis*”, que se apropriou do termo dando-lhe novos contornos médico-legais. Foi a partir desse texto que se deu a difusão do termo pela literatura médica do fim do século XIX e início do século XX (Ibid., p. 27).

Como a medicina reivindicava para si, com sucesso, a responsabilidade de se pronunciar e intervir sobre os comportamentos e indivíduos por ela classificados como anormais, surgiu a figura do “homossexual enquanto indivíduo de personalidade psíquica e somática desviante” (Ibid., p. 9). Completou-se assim a transição da personagem do sodomita à do homossexual. Tanto na Europa como no Brasil, “muitos médicos se propuseram a definir a inversão sexual, estudar sua etiologia e suas manifestações para, se possível, curá-la, livrando assim a sociedade desse ‘vício perverso’” (Ibid.).

No contexto brasileiro do fim do século XIX e início do XX, a situação não foi diferente, conforme descreveu Soares. Na medida em que se tomou conhecimento dos altos índices de mortalidade infantil e das péssimas condições sanitárias, a ciência voltou seu olhar para a vida doméstica brasileira. O termo homossexualidade foi utilizado pela primeira vez em 1894, por Francisco José Viveiros de Castro, professor de Criminologia da Faculdade de

¹ Conforme Machado (ibid.), Karl Maria Kertbeny (1824-1882) foi “um jornalista, escritor, tradutor e militante pelos direitos dos homossexuais. Ele se opôs ao parágrafo 143 de 1794 do código penal prussiano que condenava as relações “contra a natureza”.

² “Richard Von Krafft-Ebing (1840-1902) foi um médico alemão, professor de psiquiatria e autor da conhecida obra *Psychopathia Sexualis* publicada em 1885. Produzindo no fim do século XIX, este autor se inscreve na tradição da medicalização da homossexualidade própria ao período” (Ibid.).

Direito do Rio de Janeiro e desembargador da corte de Apelação do Distrito Federal, em sua obra: “Atentados ao pudor: estudos sobre as aberrações do instinto sexual” (MOLINA, 2012, p. 953).

No campo da saúde, instituíram-se práticas higienistas e os homossexuais passaram a ser referidos como pederastas ou uranistas, conforme terminologia cunhada pelo médico alemão Karl Heiring Ulrichs, em referência à musa mitológica Urânia, que inspirava amor entre pessoas do mesmo sexo (Ibid). Na educação, impôs-se um sistema pedagógico em que as crianças deveriam praticar atividades esportivas e por meio do qual fosse combatida a efeminação e, quando adulto, o pederasta deveria ser tratado como caso patológico, inclusive por meio de tratamento de choque (SOARES, 2009, p. 25).

Segundo Carlos Figari (2007), foi a partir do fim da década de 1920 que se iniciou uma onda de produção de conhecimento médico sobre o “homossexualismo”, atingindo seu apogeu entre 1930 e 1940. “As questões sexuais adquiriram uma enorme relevância a ponto de passarem a ser uma subdivisão específica da medicina geral denominada Sexologia Forense” (Ibid.).

Neil Franco apontou que “os estudos da homossexualidade no Brasil foram expressivamente influenciados pelas pesquisas científicas do campo médico-legal europeu”. O autor relatou um caso de 1932, em que Leonídio Ribeiro, diretor do Departamento de Identificação da Polícia Civil do Distrito Federal, realizou uma pesquisa com 195 homossexuais detidos no Rio de Janeiro. “Tentou identificar nesses sujeitos ‘desvios patológicos’ e curá-los de suas manifestações anti-sociais através de modernos métodos criminológicos” (FRANCO, 2009, p. 76).

Na Europa e no restante do mundo, foi justamente o arcabouço médico-científico que embasou grandes perseguições perpetradas contra homossexuais durante a primeira metade do século XX. O discurso de Himmler³ aos comandantes do exército alemão, em 1937, simboliza bem a influencia das bases científicas do fim do século XIX sobre as perseguições aos homossexuais perpetradas pelos movimentos de massa da época:

³ Heinrich Himmler (1900-1945) foi um dos principais líderes do Partido Nacional Socialista dos Trabalhadores Alemães, comandante da SS (Schutzstaffel - forças especiais de elite do exército alemão) e, posteriormente, nomeado por Adolf Hitler Comandante do Exército de Reserva e General Plenipotenciário para toda a administração do Reich.

Se tomarmos como base o número de dois milhões de homossexuais, é evidente que 7, 8 ou 10% dos homens alemães são homossexuais. Se esse ainda for o caso, isso significa que nosso povo será destruído (lit. *go kaputt*) por essa praga. A nação não sobreviverá, no longo prazo, se o balanço e o equilíbrio entre os sexos forem comprometidos dessa forma.

[...]

Entre os homossexuais há aqueles que defendem que: o que eu faço não é problema dos demais, é uma questão puramente privada. Entretanto, tudo o que acontece na esfera sexual não é um interesse privado do indivíduo, mas traz consequências para a vida e morte da nação e representa a diferença entre o poder global e a suicificação [em referência à Suíça]. Um povo como muitos filhos qualifica-se para o poder global e para a dominação global. Um povo de raça boa, mas que não tenha filhos suficientes, visa à ruína, à insignificância entre um período de 50 e 100 anos e ao perecimento completo dentro de 200 e 500 anos.

[...]

O homossexual é um homem inteiramente incapacitado intelectualmente. É frouxo e covarde em todos os aspectos de seu caráter. Eu acredito que possa ser corajoso em um momento ou outro da guerra, mas, no campo da bravura civil, no entanto, são os homens mais covardes que existem.

Conectado a isso está o fato de que o homossexual mente patologicamente.

[...]

O homossexual mente e acredita em si mesmo. No momento mesmo em que ele conta uma mentira com lágrimas nos olhos, o homossexual já está convencido de que aquilo é verdade. Na minha experiência, a homossexualidade leva a uma absoluta loucura e insanidade mental.

O homossexual é, obviamente, o sujeito mais suscetível à extorsão, primeiramente porque é vulnerável legalmente à prisão, em segundo lugar porque é frouxo e, em último lugar, porque lhe falta força de vontade e auto-controle.

[...]

Cavalheiros! Uma sexualidade desviante suscita a maior depravação que a mente humana pode conceber. Dizer que nisso somos bestiais é um insulto aos animais, pois animais não cometem tais atos. Portanto, essa questão da condução da sexualidade é uma questão de vida ou morte para cada nação.

(Homosexuals & the Holocaust, 2015).

Encontra-se claramente reafirmado, no discurso de Himmler, um dos principais pilares da perseguição à homossexualidade no ocidente cristão, identificado já no fim do Império romano: (i) a afirmação da masculinidade viril por meio da rejeição à efeminação fragilizante. No século XX, entretanto, a ciência substituiu a religião como pilar secundário.

Estima-se que, com base no acima mencionado parágrafo 175 do código penal alemão, 100.000 homens homossexuais tenham sido detidos, 50.000 dos quais cumpriram pena de prisão. Durante o regime nazista a polícia podia aprisionar indefinidamente, sem julgamento, qualquer indivíduo que colocasse em risco a “fibra moral alemã”. Entre 5.000 e 15.000 homens homossexuais foram levados aos campos de concentração, onde eram marcados com divisas contendo um triângulo rosa e estavam entre os grupos mais abusados. Os nazistas conduziram experimentos médicos com homossexuais na tentativa de encontrar

uma cura para a sua condição. Tais experimentos tiveram como resultado doenças e distúrbios graves, mutilação e morte, mas não alcançaram nenhum resultado científico relevante (PERSECUTION, 2015).

Em vários outros países do mundo, a homossexualidade foi reprimida de forma similar. Por exemplo: na União Soviética, Stalin criminalizou a homossexualidade masculina em 1934 com punição de até cinco anos de trabalhos pesados, a lei só foi revogada em 1993. A propaganda stalinista relacionava a homossexualidade ao fascismo e aos resquícios do capitalismo limitado do leninismo na União Soviética.

Outro exemplo: na China, com a ascensão do Partido Comunista, a homossexualidade se tornou um símbolo do vício e da decadência ocidentais. Ainda que não oficialmente banida, a homossexualidade foi reprimida e homossexuais foram constantemente obrigados a se casarem com pessoas do sexo oposto, constrangidos pela polícia, presos e ocasionalmente desapareciam. A sociedade chinesa se tornou intolerante a sexualidades desviantes e, principalmente a partir da década de 1960 com a Revolução Cultural, a violência contra minorias sexuais recrudescer significativamente, com a ocorrência frequente de humilhação pública e de execução de homossexuais. A arte e a literatura que tratavam da homossexualidade, da travestismo ou de qualquer padrão desviante de comportamento sexual foram destruídas em massa na China.

2.2 O movimento gay e a virada do milênio

Toni Reis, na obra “O movimento Homossexual”, detalhou como as primeiras tentativas de organização de um movimento homossexual se deram entre os anos de 1850 e 1993, especialmente como reação às legislações que criminalizavam atos sexuais entre pessoas do mesmo sexo e às grandes perseguições do início do século, mencionadas acima. A efetiva organização do movimento se dá entre as décadas de 1960 e 1980 (MOLINA, 2012, p. 954). Dá-se destaque a um evento especial que marcou os primeiros dias do movimento homossexual: a Revolução de Stonewall de 1969 (MOTT, 2001, p. 59).

Segundo descreveram Toni Reis, Luana Molina e Leonardo Soares, o dia 28 de junho de 1969 ficou marcado na história do movimento gay como o dia em que 10.000 homossexuais de todas as regiões dos Estados Unidos marcharam sobre as ruas de Nova Iorque em resposta às arbitrárias batidas policiais no bar *Stonewall Inn*. Após uma investida

policial realizada com o suposto objetivo de encontrar irregularidades no consumo de álcool no local, homossexuais foram afrontados e expulsos do local. “Ao invés de se retirarem em silêncio eles protestaram do lado de fora, criando barricadas, fazendo com que os agentes ficassem enclausurados no interior do bar e atraindo uma multidão para o local” (SOARES, 2009, p. 31). Foram dias de protestos exigindo igualdade de direitos aos homossexuais. A rebelião gay americana contra a opressão policial velada inspirou muitas marchas gays por direitos em outros países e se tornou um símbolo da luta por direitos homossexuais. Desde então a data é considerada como Dia Internacional do Orgulho GLBTT - Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transgêneros (MOLINA, 2012, p. 954).

Anderson Ferrari apresentou, em 2004, um ótimo trabalho que é utilizado como referência por muitos dos artigos e pesquisas nacionais sobre o movimento gay da segunda metade do século XX. Segundo o autor, o movimento gay encontrou terreno fértil em meio às lutas empreendidas pelos movimentos da contracultura⁴, originários da Inglaterra e dos Estados Unidos. Ferrari demonstrou que na medida em que se tornava crescente o desinteresse pela forma de condução da política, a geração do final da década de 1960 voltou suas atenções para “o desejo, o erotismo, a intimidade, o corpo, a subversão de valores e comportamentos” (FERRARI, 2004, p. 106). O resultado teria sido um período de franca efervescência da homossexualidade que teve como desdobramento: “a crescente visibilidade das práticas homossexuais, a descoberta desse novo público pelos setores comerciais e o surgimento de uma moderna subcultura gay” (Ibid.).

Com isso, começou-se a organizar o movimento gay por meio de grupos de militância, cujos objetivos iniciais eram “elaborar novas formas de representação do homossexual na sociedade, através de grupos de reflexão; e, também, difundir pelo resto da sociedade os novos valores criados” (Ibid.). Ferrari aponta, entretanto, que o movimento gay somente obteve significativo desenvolvimento no mundo a partir de mais um grande desafio enfrentado pelos homossexuais: a luta contra a AIDS (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida).

Quando foi descoberta, no início da década de 1980, a epidemia da AIDS afetava sobremaneira a comunidade homossexual masculina. Em um primeiro momento,

⁴ A geração Beat da década de 1950, com grande influência de Jack Kerouak, Allen Ginsberg e outros; e a geração hippie da década de 1960, que influenciou profundamente a produção artística musical, literária e cinematográfica da época, principalmente nos EUA.

todos os preconceitos e perseguições supersticiosas contra os homossexuais foram acirrados novamente - chegou-se a apelidar a doença de “câncer gay” e a mais uma vez interpretar-se uma epidemia como forma de punição divina a atos condenados pela religião. Além dos trabalhos científicos citados, são especialmente ilustrativos do período os filmes “Philadelphia” (1993), “Dallas Buyers Club” (2013) e “The Normal Heart” (2014).

O combate à epidemia levou os gays a se organizarem e o movimento consolidou-se como intermediador na reivindicação por direitos e como rede de apoio e integração. Além disso, a impotência da ciência e da medicina contra a doença em seus primeiros anos levou o movimento gay a focar na única medida de combate e contenção disponíveis: a educação. A educação já era um foco do movimento, na difusão de valores e na criação de novas identidades, mas, na situação de vida ou morte frente ao extermínio em curso, ela se tornou a melhor arma. Foi assim que se originaram diferentes cursos de prevenção a Doenças Sexualmente Transmissíveis (DST), tal como trabalhos e projetos de assistência a pessoas infectadas pelo HIV. Conforme bem aponta Ferrari, esses trabalhos nas últimas décadas foram expandidos para muito além da assistência e do atendimento aos membros dos grupos. O autor cita, como exemplo, a ação dos grupos no interior das escolas por meio de palestras, debates e oficinas a respeito das diferenças, homossexualidades e prevenção DST/AIDS (FERRARI, 2004, p. 107).

Ferrari definiu bem o propósito original do movimento gay em sua relação umbilical com a educação:

De forma consciente, o movimento gay surgiu a partir de uma preocupação com o entendimento do mundo, com a tentativa de esclarecer e dominar os parâmetros de sua organização e de classificação da homossexualidade, e com a demanda de **desconstruir as identidades homossexuais cristalizadas em busca de novas possibilidades de vivências mais positivas** [grifos nossos] (Ibid.).

É por isso que o autor aponta como característica do movimento sua relação com a educação desde seu surgimento. Não se trata de uma referência à educação escolarizada, mas a um processo pedagógico mais amplo de construção de sujeitos, de mudança de visões, posturas e hábitos e de transformação de indivíduos a partir do conhecimento do mundo e de si (Ibid.).

Desde então, o movimento gay obteve um grande sucesso em sua empreitada pelo reposicionamento das identidades homossexuais. Conforme apontou Soares, o surgimento da AIDS e as campanhas de combate à doença deram evidência aos gays e

proporcionaram um debate mais aberto sobre homossexualidade nas sociedades ocidentais. De fato, desde o fim do século XX, a conquista da visibilidade e do poder de projetar novas possibilidades de identidade gay na sociedade e na mídia permitiu aos homossexuais no ocidente conquistarem espaços legais, políticos, acadêmicos, profissionais e culturais.

A Organização Mundial da Saúde, por exemplo, retirou o 'homossexualismo' do seu catálogo oficial de doenças em 1985. E, desde 1995, ao tratar da condição do homossexual, ela aboliu nos seus documentos o uso do sufixo "ismo" - que denota condição patológica - substituindo-o pelo sufixo "dade" - que designa o modo de ser da pessoa (BRITTO, 2000, p. 46).

Luiz Mott (2001, p. 59), citou as emblemáticas palavras do primeiro gay assumido do partido republicano dos Estados Unidos proferidas no início do milênio:

Os gays organizados representam hoje uma forma nova de encarar a vida. Casam, adotam crianças. Os gays não querem mais revolucionar o mundo. A revolução sexual ocorreu na década de 70 e já é fato consumado. Agora é a hora da estabilidade, é a hora de se impor, de conquistar lugares. Estamos fazendo isso.

A crescente conquista de direitos pelos homossexuais está diretamente ligada a esse processo, conforme se verá com mais propriedade adiante. Particularmente ilustrativa é a presença de 13 *amici curiae* francamente favoráveis ao reconhecimento das uniões homoafetivas no julgamento da ADPF 132, ao passo que somente um *amicus curiae* se posicionou contrariamente, a CNBB.

Soares apontou para a explosão do consumo gay e o posicionamento da comunidade homossexual como consumidores potenciais de uma economia globalizada (SOARES, 2009, p.32). Teria sido justamente esse fator que fez com que toda a indústria da propaganda das principais economias capitalistas passasse a incluir, em suas considerações e análises, os grupos homossexuais, suas demandas e interesses. Gradativamente, linhas de produtos e até mesmo setores inteiros da indústria da moda, televisão, música, literatura, arte e cinema se especializaram para esse público.

O processo de transformação, em poucos anos a partir dessa virada, foi bem além, e desde o início do milênio que grupos, identidades, estereótipos e valores homossexuais se tornaram referências culturais e influenciadores de opinião. Isso aconteceu, por exemplo, com a marca Calvin Klein, que se posicionou publicamente pró-segmen to gay e passou a ser referência para a comunidade homossexual (Ibid., p. 100).

O movimento gay brasileiro foi profundamente influenciado pelos movimentos que se deram nos EUA e na Europa, e também pelo período da luta por direitos civis e pela cidadania plena do fim da ditadura militar, organizou-se entre o final da década de 1970 e início da década de 1980. Ferrari destacou um otimismo cultural e social que atingia a todos os vários grupos que se articulavam naquela época. “A abertura política possibilitava sonhar com uma sociedade mais democrática, igualitária e justa e [...] trazia esperança para o movimento gay de uma sociedade em que a homossexualidade poderia ser celebrada sem restrições” (FERRARI, 2004, p. 105).

Como assegurou Ferrari, o que se viu como resultado foi de um período de efervescência da homossexualidade. Essa explosão, de acordo com o autor, seria explicada “pelo próprio contexto da década de 1970, em que a glorificação da marginalidade era um aspecto que atingia a cultura brasileira”. Ferrari acertadamente destacou que o mais importante, entretanto, foi “a crescente visibilidade das práticas homossexuais, a descoberta desse novo público pelos setores comerciais e o surgimento de uma moderna subcultura gay” (Ibid.). Questionou-se a relação entre a sociedade e os homossexuais, de dentro para fora:

A propaganda de produtos direcionados aos gays, o aparecimento deles em novelas no horário nobre, a criação de empresas GLS, etc, fazem com que a sociedade assimile a sub-cultura homossexual à cultura nacional, representando um caminho para uma menor discriminação e preconceito. Retomando o poder da mídia atual em fornecer modelos de interação e influenciar as práticas discursivas, como já apontado por Fairclough, uma característica marcante está no fato dela tentar, através de suas imagens e discurso, criar a imagem do que é chamado por muitos de “homem do século XXI” ou “novo homem”. Tal tendência passa por uma tentativa de reformulação da masculinidade patriarcalista (SOARES, 2009, p. 101).

Além dos exemplos citados, Soares acrescentou outros fenômenos que contribuíram para a inserção dos gays no mercado brasileiro: o festival Mix Brasil, a criação do Fórum Paulista de Gays, Lésbicas, Bissexuais e Transgêneros em 1999 e a criação de revistas como a “Sui Generis” e a “G Magazine”.

Molina destacou importância que teve a participação da imprensa escrita para o movimento gay no Brasil e cita o caso do jornal “Lampião da Esquina”, editado por um grupo de intelectuais homossexuais e publicado pela primeira vez em abril de 1978, no Rio de Janeiro. A proposta do jornal era tratar das causas femininas, raciais, ecológicas e, principalmente, homossexuais (MOLINA, 2012, p. 955). A autora destacou também o primeiro movimento gay do país, surgido em São Paulo em 1979, com a realização do Primeiro Encontro Brasileiro de Homossexuais, em 1980. Toni Reis relatou a formação de

vários outros grupos e associações nessa época como forma de organização no combate à AIDS.

Também no Brasil as campanhas de prevenção e contenção da epidemia pautaram as agendas de discussão e ensino das famílias, escolas, órgãos do governo e organizações não governamentais. Molina destacou a criação da ABGLT – Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros, em 1995, Curitiba, que foi um marco na organização e fortalecimento do movimento brasileiro e proporcionou um rápido crescimento no número de grupos e redes que lutaram para vocalizar e por dar visibilidade às demandas homossexuais por direitos.

Foi justamente com esse propósito que se deu a primeira Parada do Orgulho GLBT, em 1997, São Paulo, com participação de mais de duas mil pessoas. Toni Reis destacou que a mesma parada, no ano de 2007, foi considerada a maior manifestação social do país (até então), alcançando o número de um milhão e meio de pessoas (Ibid., p. 956). Pelos números apresentados pelos organizadores da Parada do Orgulho GLBT e pela Polícia Militar do Estado de São Paulo e publicados pela Folha Online, em 2004 e nos anos seguintes, o evento superou o público de um milhão de pessoas e se tornou a maior parada gay do mundo, inclusive entrando para o livro dos records, o *Guinness Book*, em 2007 (MARQUES, 2005; MUNIZ, 2006; e PARADA GAY, 2007).

O trabalho de Neil Franco (2009, p. 67) oferece um quadro que resume bem a trajetória do Movimento Homossexual Brasileiro no Brasil, até se tornar o Movimento LGBT:

Descrição resumida do Movimento Homossexual Brasileiro	
Anos 60	- Organização entre homossexuais masculinos para socialização.
Anos 70	- Primeiras formas de organização política entre homossexuais masculinos. - Criação do Movimento Homossexual Brasileiro (MHB).
1979	- Grupo Somos anuncia sua existência em debate na USP.
1980	- Criação do Grupo de Ação Lésbico-Feminista.
1980-1992	- Realização de seis edições do Encontro Brasileiro de Homossexuais (EBHO).
1993	- Realização do VII Encontro Brasileiro de Lésbicas e Homossexuais. - Realização do I Encontro Nacional de Travestis. - Criação do Festival de Cinema GLS (Gays, Lésbicas e Simpatizantes).
1995	- Realização do VIII Encontro Brasileiro de Gays e Lésbicas. - Realização do I Encontro Brasileiro de Gays e Lésbicas que trabalham com AIDS. - O movimento torna-se Movimento de Gays e Lésbicas (MGL).
1997	- Realização do IX Encontro Brasileiro de Gays, Lésbicas e Travestis. - Realização do II Encontro Brasileiro de Gays e Lésbicas que trabalham com AIDS.
1998	- Adequando-se ao movimento internacional, adota-se a sigla GLBT (Gays, Lésbicas, Bissexuais e Transgêneros – Travestis e Transexuais).
2008	- Realização da I Conferência Nacional de Políticas Públicas para GLBT. - Mudança da sigla para LGBT (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais).

2.2.1 A homossexualidade na cultura brasileira da virada do milênio

A atual sociedade brasileira foi criada e educada dentro da tradição cristã ocidental e herdou valores segundo os quais a homossexualidade seria uma prática repulsiva e imoral. Parcela significativa do Legislativo nacional representa esses valores, o que é abordado adiante por meio do estudo dos trabalhos de José Reinaldo de Lima Lopes e Luís Roberto Barroso e das alegações de omissão do Legislativo pelos ministros do STF. Em alguns contextos sociais, entretanto, essa posição majoritária não se verifica já há algum tempo, especialmente naqueles espaços de maior qualificação intelectual ou cultural. É o caso das universidades, especialmente dos corpos docentes, da indústria televisiva e cinematográfica, da indústria da arte, da moda, da estética e da propaganda.

Os diversos grupos que concentram o poder de decisão, nesses e em outros contextos não mencionados, claramente não refletem fielmente a composição do todo social, tampouco seus valores ainda hegemônicos. Isso ocorre, em grande parte, porque foi bem sucedido o trabalho do movimento homossexual, empenhado, desde a década de 1960, na “desconstrução dos parâmetros da homossexualidade, com seus conseqüentes tabus, e pela construção de identidades mais positivas, embasadas na valorização da auto-estima, da auto-imagem e do autoconceito de seus integrantes” (FERRARI, 2004).

O efeito dessa conquista simbólica e discursiva, no universo jurídico, foi gradativo, mas contundente, como se vê por meio das decisões jurisprudenciais indicadas pela PGR. Foi precursora a decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro de 1989, que inclui companheiro do mesmo sexo na partilha de bens do artista plástico Jorge Guinle Filho. Em 1998, decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais reconheceu obrigações jurídicas oriundas da relação jurídica entre parceiros homossexuais. Desde 1999, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul produziu várias decisões que promoveram dissolução de união entre pessoas do mesmo sexo, reconheceram uniões homoafetivas como entidades familiares e até mesmo a viabilidade de adoção conjunta por casal homossexual. Em 2003 o próprio STF se pronunciou sobre ADI proposta contra a lei nº 9.278, de 1996, que regula o regime das uniões estáveis. Na ocasião o Min. Relator Celso de Mello julgou extinto o processo porque entendeu que a ação perdera o objeto com a revogação da lei pelo CC de 2002, mas propugnou pelo cabimento de ADPF sobre a questão, considerando ser a questão de extrema importância jurídico social e antecipando um entendimento (o que não se confirmou em seu voto na ADPF 132) de que caberia aplicação de analogia por meio da

invocação de princípios fundamentais. Em 2006, o TSE, por meio de decisão do Min. Gilmar Mendes, reconheceu expressamente a existência de união homoafetiva para fins de inelegibilidade de candidatura eleitoral (BRASIL, 2011b, 881-886).

Retomam-se adiante os efeitos dessa tendência no caso estudado. Por ora, verifica-se quão marcante é a influência do discurso a favor dos homossexuais na sociedade brasileira e como a presença da figura do homossexual foi se tornando mais frequente e diversificada na produção cultural brasileira desde a década de 60, contribuindo principalmente para a formação da geração da virada do milênio. Entender o substrato cultural que emana do discurso social para o discurso jurídico dá concretude às análises feitas posteriormente.

Quanto a essa temática, oferece grande contribuição o trabalho de Leonardo Antônio Soares, do programa de Pós-Graduação em Estudos Linguísticos da Universidade Federal de Minas Gerais, e é principalmente nela em que se embasa a descrição a seguir. Soares enfrentou a difícil questão da visibilidade televisiva brasileira e se o efeito final dela para a conquista de espaços pelos homossexuais seria positivo ou negativo. As identidades homossexuais encontradas nas telenovelas brasileiras estariam contribuindo para o movimento ou prejudicando-o?

Para responder a essa pergunta, Soares, retomando a obra de Trevisan (2007), iniciou seu estudo analisando o mundo dos espetáculos e destacou as apologias ao universo gay nas peças de Nelson Rodrigues, citando como exemplo a peça o “Beijo no Asfalto”. A peça trata da questão da homossexualidade por meio das desventuras de um heterossexual mal interpretado por beijar outro homem e como o jogo de sombras a que ficava relegada a homossexualidade apaga personalidades e condena à distorção e ao paradoxo a realidade interpretada com base no preconceituoso maniqueísmo tradicionalista.

O autor trabalhou também o campo da música, no qual, por exemplo, Ney Matogrosso vendeu mais de oitocentos mil LPs, o que se deveu, segundo Trevisan, à sua androgenia e é, ainda hoje, uma figura antológica da música brasileira. O próprio cinema brasileiro, a partir de 1970, trouxe figuras homossexuais nos clássicos da pornô-chanchada. Se é verdade que nas pornô-chanchadas a imagem dos gays era ridicularizada, na televisão, por outro lado, apesar de toda a atenção que lhe era reservada pela censura, em decorrência de sua difusão, a exploração do universo gay foi mais respeitosa e diversificada.

Da década de 1980 em diante, multiplicaram-se as personagens gays em minisséries e telenovelas. Soares destacou a minissérie “Malu Mulher”, exibida em 1980, pela Rede Globo de Televisão, que foi uma das pioneiras ao tratar do assunto de forma direta. O autor mencionou especialmente um episódio chamado no qual um amigo da personagem principal, Maria Lúcia Fonseca (Malu), interpretada por Regina Duarte, se descobre apaixonado por outro homem. Além disso, a série tinha como tema principal a emancipação feminina. “Depois disso a presença homossexual tornou-se uma constante na telenovela brasileira por se tratar de um ingrediente polêmico e que gera audiência” (SOARES, 2009, p. 26-27).

Soares também trabalhou, dentre as novelas da Rede Globo que dão destaque à temática da homossexualidade, com a história do casal de lésbicas de “Torre de Babel” (1998), na qual duas mulheres maduras e bem-sucedidas mantinham um relacionamento homossexual estável. Segundo o autor, a pressão de setores conservadores teria levado as personagens à morte na explosão de um shopping-center no final da novela. Soares relaciona vários outros exemplos de novelas da Rede Globo que exploraram a temática gay e fizeram grande sucesso: “Pedra sobre Pedra” (1992), “Por Amor” (1998), “A Próxima Vítima” (1995), “América” (2005), “Paraíso Tropical” (2007), “A Favorita” (2008).

Para entender melhor como se deu a inserção das figuras gays nas novelas e o impacto positivo ou negativo dessa presença na relação entre a sociedade e a homossexualidade, Soares retomou a história do surgimento da televisão no Brasil, desde a hegemonia da Rede Globo de Televisão e do papel de destaque conquistado pelas novelas na cultura brasileira. Soares discorreu sobre a liderança da Rede Globo na produção de telenovelas a partir da década de 1970, com os sucessos de Janete Clair como “Irmãos Coragem”, “Pecado Capital” e “Selva de Pedra”. Ainda que o primeiro ano da Rede Globo, 1965, tenha sido de baixa audiência, uma parceria com o grupo norte-americano Life Time, no período de 1962-1969, permitiu à emissora adotar técnicas até então desconhecidas no mercado nacional, evoluindo mais tarde para o padrão Globo de produção. Tal padrão, segundo Soares, nada mais é do que uma estratégia de fidelização de telespectadores, identificando suas necessidades por meio de pesquisas e integrando sua programação a estratégias de marketing. Esse ponto é extremamente relevante porque explica o principal motor da tomada de decisões das redes de televisão: a transformação do público em mercado consumidor.

A Rede Globo passou a fazer novelas ambientadas em diversas regiões do país para gerar identificação com essas regiões e difundir as diferentes paisagens e culturas do Brasil. As novelas cumpriram um “papel de integração nacional e de desvendamento de realidades até então desconhecidas pela maioria da população brasileira” (MELO, 1988 apud SOARES, p. 29). A partir dessas considerações sentido, Soares apresenta as seguintes premissas acerca das novelas da emissora:

1- elas destinam-se a um consumo indiscriminado, atingindo públicos de classes sociais e níveis culturais diferentes; 2- vivem da aceitação do mercado; os telespectadores são pesquisados, fazendo com que a novela esteja em íntima relação com quem a consome; 3- o autor não pode estabelecer um discurso isolado, sem que primeiro ele estabeleça pontes de relacionamento com o público; 4- a novela não é uma obra de um único criador, mas depende de uma equipe realizadora e dos propósitos estabelecidos pelo canal produtor (Ibid.).

Essas premissas fundamentaram a conclusão de Soares de que os aspectos econômicos de uma instituição são fator determinante em suas práticas e textos produzidos. Os textos e a programação são, assim, “mercadorias culturais, produzidos em um mercado aberto que sofre pressões comerciais. A grande disputa por números de audiência faz com que haja uma corrida para a produção de programas que gerem mais audiência, como é o caso das novelas” (Ibid.).

Mas qual a relação disso com a homossexualidade? Foi justamente esse o objeto de estudo de Soares: até onde foi e é benéfica para os homossexuais a absorção da imagem gay pelas emissoras de TV, visando à conquista do mercado homossexual ou, o que foi mais comum nos primeiros anos, a conquista de audiência por meio da abordagem de tabus e temas polêmicos. Certamente não o foi nas pornô-chanchadas. Soares constatou que, apesar de haver alguma variação, a representação gay nas novelas apresenta três características principais:

1- contribui para uma maior visibilidade dos gays, seja a visibilidade alcançada por meios de produtos destinados ao consumo, seja pelo debate a cerca da homossexualidade; 2- mostra-os sob o viés da heterossexualidade. Ainda se tem a heterossexualidade como regra e a homossexualidade como gira em seu entorno, até mesmo na hora de se escolher os atores que irão representar os papéis homossexuais; 3- privilegia o modelo de masculinidade hegemônica, pois vemos homens viris e bonitos interpretando tais papéis, impondo certa distância da realidade e fazendo com que muitos gays busquem se enquadrar no perfil apresentado (Ibid., p. 47).

Com o objetivo de destilar sua avaliação, Soares fez uma análise aprofundada de duas novelas específicas que representam momentos históricos distintos: a novela “A Próxima Vítima”, produzida pela Rede Globo e exibida de 13 de março a 4 de dezembro de

1995, escrita por Sílvio de Abreu, Alcides Nogueira e Maria Adelaide de Amaral; e a novela “América”, produzida pela Rede Globo e exibida de 14 de março a 05 de novembro de 2005, escrita por Glória Perez. Ambos os roteiros traziam romances homossexuais, mas, ao contrário do que aconteceu na novela “A Próxima Vítima”, em “América” as cenas não foram cortadas e as temáticas são debatidas mais afundo. O romance gay também recebeu maior destaque no final da história, e foi evidenciado o processo de amadurecimento da personagem homossexual por meio de sua aceitação enquanto tal (Ibid., 112).

A comparação feita por Soares entre discursos gays presentes em “América” e em “A Próxima Vítima” permitiu-lhe concluir que, com base na estruturação das orações, na forma de tratamento dos sujeitos e na perspectiva que eles assumem, entre uma novela e outra, os homossexuais ganharam voz ativa e o direito de expressarem seus sentimentos e preferências entre as décadas de 1990 e 2000 (Ibid., p. 119). Entre uma novela e outra, os homossexuais nitidamente avançaram muito em direitos de expressão e de auto-afirmação (Ibid., p. 128). Nas palavras do autor:

Foi constatada uma mudança significativa na forma pela qual a novela busca retratar os gays e seu universo. Tal mudança pode ser mais claramente identificada a partir do discurso analisado. Podemos dizer que a mídia, neste caso específico a televisão através das novelas, tem procurado acompanhar as mudanças sociais de gênero e tentado promovê-las por meios discursivos (Ibid., p. 120).

Para Soares, foi a identificação do público gay como consumidor potencial que permitiu a presença de casais homossexuais em ambas as novelas. Tal posicionamento pautou a inclusão das personagens nas tramas, ainda que vistas através da lente da heterossexualidade. Soares concordou com Trevisan quanto ao que realmente importa ser o consumo e que certos aspectos morais passaram a ser regulados pelo mercado. A presença de casais gays em novelas do horário nobre tem como objetivo principal atender às pesquisas que apontam para o enorme potencial de consumo homossexual (Ibid., p. 125).

Por meio de uma análise sistêmico-funcional do *corpus*, Soares concluiu ainda que, enquanto na novela “A Próxima Vítima” os gays não possuíam voz ativa e não possuíam o direito de expressar seus desejos e opiniões, em “América”, os gays conquistaram o direito de expressar suas opiniões, desejos e, até mesmo, afirmarem suas preferências. “Eles ainda continuaram a receber atributos das outras personagens, porém ganharam o direito de expressão e auto-afirmação” (Ibid., p. 128).

Além da análise comparativa, é importante destacar que Soares não encontrou nenhuma oração nas obras que contivessem mecanismos linguísticos que reforçassem estereótipos ou discriminação explícitos. Pelo contrário, era nítida a busca pela geração de vínculos identitários com o público gay, por meio da “atribuição de adjetivos positivos às personagens, tendo como objetivo valorizar seus aspectos positivos e diminuir o peso do estigma social, mostrando ao telespectador que ser gay é algo normal” (Ibid., p. 130).

Ainda que a homossexualidade tenha sido mostrada a partir de um padrão normativo heterossexual e masculino nas novelas mencionadas, a presença do discurso gay contribuiu para dar maior visibilidade aos homossexuais, não só a partir de uma abordagem comercial, mas também por meio da provocação reiterada, na sociedade, do debate da relação com a homossexualidade. Para Soares, partindo da premissa de que “as identidades dos sujeitos se originam a partir da negociação discursiva entre os participantes de uma interação, ou seja, a identidade se constrói no discurso” (Ibid.), pôde-se concluir que essa visibilidade é o fator primário para a construção das identidades gays.

Dessarte, apesar de muitos pesquisadores apontarem os fatores comerciais como um entrave para a aquisição de direitos civis e sociais, tal aspecto corresponderia a uma boa forma de construção identitária, resistência e pertencimento a um determinado grupo. É por essa razão que “o discurso gay apresentado nas duas novelas analisadas contribui para a construção das identidades gays no Brasil” (Ibid.), do que resultou a crescente apropriação de espaços também no mundo do direito, por exemplo, por meio de uma participação cada vez maior na política e de um aumento do número de decisões favoráveis ao reconhecimento de uniões homoafetivas, ainda que excepcionais e exclusivamente ligadas à concessão de direitos previdenciários ou vedações de candidaturas eleitorais. Note-se, desde já, que durante esse intervalo, mas principalmente logo após o marco temporal final destacado pelo autor, 2005, foi produzida a maior parte dos textos de doutrinadores jurídicos favoráveis ao reconhecimento da união homoafetiva⁵.

É especialmente importante dar destaque ao discurso gay presente nas novelas brasileiras em razão de sua ampla difusão em todas as camadas sociais brasileiras. Outros exemplos não trabalhados por Soares e que podem ser mencionados são a novela “Fina Estampa”, de Aguinaldo Silva, que foi transmitida pela Rede Globo em 2011. Na obra, a

⁵ Como, por exemplo, os dois trabalhos utilizados como referência pelos ministros do STF em sua decisão: o de José Reinaldo de Lima Lopes, 2005, e o de Luís Roberto Barroso, de 2007.

personagem Crodoaldo Valério (Crô), interpretado por Marcelo Serrado, fez um grande sucesso, levando a transmissão a recordes de pico de audiência. A personagem inclusive ganhou um filme próprio na sequência, transmitido em 400 salas de cinema no Brasil. Marcelo Serrado também colheu os frutos pelo trabalho na novela em uma turnê teatral pelo Brasil (SARTORI, 2013).

O próprio novelista Aguinaldo Silva foi e é um símbolo da crescente e impactante revolução promovida pela cultura homossexual nacional. O dramaturgo foi um dos responsáveis pelo marco do jornalismo homossexual, o “Lampião da Esquina”, primeiro periódico voltado ao público gay (em plena ditadura militar), já abordado supra. Aguinaldo foi responsável por sucessos como “Roque Santeiro”, “Vale Tudo”, “Tieta”, “Senhora do destino”, “Império”, entre outros. Em várias dessas obras a temática homossexual foi abordada, fazendo com que a reflexão a respeito da questão fosse levada no horário nobre às residências brasileiras, a partir da perspectiva de um ícone do homossexualismo e através do mais abrangente meio de difusão de informações da sociedade brasileira.

Cada vez mais frequentes e cada vez mais bem sucedidas, as tramas que trazem personagens homossexuais se proliferaram na televisão e no cinema. Em 2014, na novela “Amor à Vida” de Walcyr Carrasco, o primeiro beijo gay transmitido em horário nobre por uma novela brasileira teve grande repercussão na sociedade e na imprensa brasileiras, e pautou grande parte das reportagens dos grandes veículos de imprensa nos dias que se seguiram ao episódio. Na novela “Império”, tanto Paulo Betti como José Mayer, ícones heterossexuais do século XX e tradicionais galãs de TV e cinema, representaram personagens homossexuais no horário mais nobre da televisão brasileira.

Diversas outras fontes relevantes de influência cultural, cujo acesso pode ter sido mais ou menos restrito, também contribuíram para a formação da geração do milênio, as quais vão desde a indústria cinematográfica e dos seriados americanos, passando pela subcultura gay na música pop até chegar aos movimentos de moda e estética que deram contorno a diversos movimentos sociais brasileiros. Dá-se, a seguir, uma ênfase a alguns dos exemplos mais populares do cinema americano, em detrimento do cinema europeu, em razão dos fatores difusão em um espectro mais amplo da sociedade e maior presença nos cinemas e na televisão brasileiros.

Nesse sentido, o cinema americano produziu filmes de grande sucesso que abordam a homossexualidade a partir de perspectivas que contribuíram profundamente para a

quebra de paradigmas éticos no ocidente. A própria indústria cinematográfica americana tem representado, há algum tempo, um espaço em que o discurso homossexual é muito influente e grande parte dos ícones Hollywoodianos é homossexual ou bissexual, de celebridades a gênios criativos. Ótimas obras sobre a temática foram os já mencionados filmes “Philadelphia” (1993), “Dallas Buyers Club” (2013) e “The Normal Heart” (2014).

Tom Hanks foi premiado com um Oscar pelo papel principal que interpretou em “Philadelphia” e Jared Leto, com o Oscar de melhor ator coadjuvante por “Dallas Buyers Club”, ambos papéis de homossexuais que rompem com preconceções e com estigmas. A personagem de Hanks é um advogado formidável, inteligente, competente, perspicaz, culto e bem-sucedido que acaba contaminado pela AIDS e perde seu emprego em um dos melhores escritórios de advocacia de Nova Iorque. Já a personagem de Jared Leto, em sua forma de expressão e personalidade, rompe inteiramente com o padrão heteronormativo tradicional e chega até a desenvolver uma bela relação de amizade e carinho com a personagem de Matthew MacConaughey, um *cowboy* heterossexual rústico e preconceituoso.

Destacaram-se também os filmes “Brokeback Mountain” (2005), dirigido por Ang Lee, e que gerou muita polêmica mundo afora por trazer, como poucas outras obras hollywoodianas, um romance homossexual escancarado e, ainda mais impactante, entre dois *cowboys* no sul dos Estados Unidos; e “Milk” (2008), dirigido por Gus Van Sant, baseado na vida do político americano e ativista dos direitos homossexuais, Harvey Milk, representado por Sean Penn. Em 1977, Milk foi eleito supervisor municipal da cidade de São Francisco, e se tornou o primeiro homossexual assumido a ser eleito para um cargo público na Califórnia. Milk foi assassinado em 1978 por um rival político.

Na televisão americana, foram muitos os programas que influenciaram culturalmente a geração do milênio, inclusive a brasileira, mesmo que em menor proporção. Alguns dos seriados que mais se destacaram nesse sentido foram “Will and Grace”, lançado em 1998 e transmitido por oito temporadas e, no Brasil pelo Canal Sony; “The L Word”, que estreou em 2004 e foi exibida no Brasil pelo Warner Channel; “Modern Family”, que tem entre seus personagens principais um casal gay que adota e cria uma criança asiática, exibida no Brasil pela Fox e pelo SBT na televisão aberta; e “Glee”, que não é centrada na temática da homossexualidade, mas dá muito destaque a casais homossexuais adolescentes e a situações conflituosas em que se veem durante o colégio – estreou em 2009 e foi exibida no Brasil pela Fox, e pela Rede Globo entre 2011 e 2012.

Para encerrar a lista de programas televisivos que marcaram a produção cultural das últimas décadas, é importante destacar uma obra mais recente: “House of Cards”. Se tomados como referência os principais propósitos do movimento homossexual na segunda metade do século XX: “luta pela desconstrução dos parâmetros da homossexualidade, com seus conseqüentes tabus, e pela construção de identidades mais positivas, embasadas na valorização da auto-estima, da auto-imagem e do autoconceito de seus integrantes” (FERRARI, 2004), é incontestável a contribuição do seriado nesse sentido. No drama político produzido pela Netflix e lançado em 2013, a personagem principal, Frank Underwood, interpretada por Kevin Spacey, é um político americano que está no topo da estrutura de poder – de certa forma Underwood personifica o poder político. O que chama a atenção na obra, porém, é a zona cinzenta de sexualidade que habita Underwood. Casado com a mulher de sua vida, Claire, com quem mantém um relacionamento totalmente franco; mas tem um caso com a repórter Zoe Barnes; foi apaixonado por seu melhor amigo e companheiro de quarto da época de faculdade; e ainda passa por reiterados momentos de tensão sexual com outros personagens masculinos da série, eventualmente participando de relações sexuais com eles.

Pela forma como o seriado aborda a sexualidade de Frank, não há nenhum indício de dúvida ou de fraqueza, o que sobressai é justamente sua convicção visceral das decisões que toma e sua personalidade forte da qual se mostra inteiramente consciente. A personagem se tornou um símbolo contemporâneo dual. Ao mesmo tempo em que é um anti-herói por sua atuação política, é fonte de inspiração e influência recorrentemente citada para muitos jovens, inclusive brasileiros, quanto a seu comportamento amoroso. A Netflix, empresa que disponibiliza online conteúdo cinematográfico e televisivo, já tinha, até fevereiro de 2015, 2,2 milhões de assinantes no Brasil. A empresa atua no Brasil desde setembro de 2011 (HAMMERSCHMIDT, 2015).

Neil Patrick Harris, Jim Parsons, Ian Mckellen, Jane Lynch, Jodie Foster são grandes exemplos de celebridades da televisão, cinema e teatro dos Estados Unidos cuja aberta assunção da homossexualidade tem influenciado profundamente os comportamentos da geração do milênio. É bem verdade que, desde a década de 1960, Elton John e Fred Mercury quebram barreiras no campo da sexualidade. No Brasil, já se mencionou Ney Matogrosso, mas várias outras celebridades da música brasileira também romperam a fronteira da sexualidade tradicional, como Cazusa, Cássia Eller, Daniela Mercury, Adriana Calcanhoto, Maria Gadú, Ana Carolina, entre outras.

Mais do que celebridades homossexuais, a sociedade hoje adotou ícones gays em suas culturas popular, urbana ou cosmopolita. O conceito de ícones gays certamente é um emblema cultural contemporâneo. Ícones gays não são necessariamente personalidades ou personagens homossexuais, mas figuras de qualquer gênero que têm significado para a comunidade gay e, por meio desse significado, influenciam os gostos, opiniões e comportamentos de toda a sociedade. Exemplos são as cantoras americanas Madonna, Lady Gaga, Beyonce e Katy Perry. Essa influência tornou-se possível exclusivamente porque a comunidade gay tem ido além do sucesso em sua conquista do ódio do passado e em sua obtenção do respeito coletivo. O movimento gay não tem conquistado apenas o direito de ser tolerado. Hoje a comunidade e cultura homossexuais têm se tornado cada vez mais influentes e até determinantes na produção coletiva de cultura e de valores, inclusive morais, de toda a sociedade, inclusive de grupos heterossexuais ou híbridos.

É verdade que a sociedade brasileira ainda é predominantemente conservadora e intolerante em relação à homossexualidade, tanto que pesquisa da Secretaria de Saúde do estado de São Paulo, realizada em 2012, constatou que 70% dos homossexuais paulistas já haviam sofrido algum tipo de agressão por serem homossexuais, 15% das quais sob a forma de violência física e 6% violência sexual. 68% relataram terem sofrido algum tipo de discriminação, como, por exemplo, maus-tratos por parte de professores e alunos dentro das escolas. 29% das reclamações de discriminação estavam relacionadas ao ambiente familiar e 23% ao ambiente religioso (EM SÃO PAULO, 2012).

Entretanto, fato é que, mesmo no Brasil, está cada vez mais evidente o terreno que os homossexuais têm avassaladoramente tomado. Os grupos de jovens e os programas sociais corriqueiros das grandes cidades são uma forte evidência disso. Em Belo Horizonte (capital de um dos mais tradicionalistas estados brasileiros), por exemplo, a conhecida região da Savassi tem sido tomada por bares e casas noturnas que foram adotados como redutos típicos da comunidade gay local. Tais pontos estão entre as principais e mais renomadas casas também para o público heterossexual. Destaque-se que, atualmente, quando se fala em redutos gays, não se faz mais referência às saunas e clubes exclusivos do século passado, aos guetos a que ficavam confinados o movimento (FERRARI, 2004), que criavam uma barreira entre os universos homo e hétero.

Como se demonstrou nessa retomada histórica, essa barreira vem sendo quebrada desde a década de 1960. Considere-se essa visão otimista ou não, fato é que, desde o fim do século XX, seriam absolutamente incogitáveis a condenação penal ou a perseguição

intelectual que sofreu Oscar Wilde no fim do século XIX. Isso representa um inegável progresso e comprova uma importante conquista gradativa de espaços pelos homossexuais no universo dos valores coletivos, mas também no mundo da política e do direito, conforme se verá a seguir.

2.2.2 Circunstâncias políticas que antecederam a decisão

Como bem observou o Min. Gilmar Mendes em seu voto, era e ainda é bastante complexo e adverso o cenário social e político nacional em relação à temática dos direitos dos homossexuais. Isso fica muito bem ilustrado na polêmica que teve que enfrentar a presidente Dilma Rousseff quando foram publicadas manifestações suas taxadas por parte da imprensa como favoráveis ao casamento entre pessoas do mesmo sexo:

Aqueles que acompanharam as eleições nacionais [2010] certamente viram as dificuldades por que passou a candidata, então, agora a Presidente Dilma Rousseff, quando teve que, de alguma forma, se pronunciar sobre este tema, fazendo declarações, as mais diversas e muito provavelmente contraditórias, sobre este assunto, por conta do preconceito que está presente numa parcela significativa da sociedade (BRASIL, 2011b, p. 2181).

Para poder dar mais cores ao contexto histórico-político que suscitou as ações constitucionais estudadas, destacam-se duas situações polêmicas que ocorreram nos anos que antecederam a decisão em tela e que tiveram grande repercussão nacional: o caso do Kit Escola Sem Homofobia e o projeto de lei que criminalizaria a homofobia. Considera-se importante destacar os dois eventos porque retratam bem a conjuntura política nacional da época (a qual não se alterou muito), apontando claramente a posição das trincheiras no confronto: o Executivo federal enquanto promotor de medidas que visavam ao atendimento das demandas dos grupos homossexuais e a bancada evangélica do Congresso Nacional enquanto resistência.

Luana Molina (2012, p. 958) apontou que o Executivo federal brasileiro vinha promovendo, desde maio de 2004, ações diretamente voltadas para a diversidade sexual, por meio do projeto Brasil sem Homofobia, Combate à Violência e à discriminação contra GLBT e Promoção da Cidadania Homossexual, coordenado pela Secretaria Especial de Direitos Humanos e ligado à Presidência da República. O programa adotou como principais objetivos articular e fomentar a política de promoção dos direitos homossexuais, combater a violência e a impunidade, promover valores de respeito à paz e à não-discriminação por meio de ações nas áreas da educação, saúde, trabalho, justiça e cultura e por meio de cooperação

internacional. A autora destacou o programa Brasil se Homofobia como o mais importante entre eles, o qual visava a “promover ações de combate ao preconceito, à discriminação e à violência referentes ao tema da homossexualidade e da transexualidade no centro do processo de formação de alunos e educadores” (Ibid.).

Uma das principais e mais polêmicas iniciativas do programa Brasil sem Homofobia foi o kit “Escola Sem Homofobia”. O projeto foi encabeçado pelo Ministério da Educação, à época sob o comando do atual prefeito de São Paulo, Fernando Haddad. Utiliza-se como fonte para a análise do kit o trabalho de Manuela Felicíssimo, que elaborou uma tese de doutoramento sobre o conjunto de cinco vídeos que fariam parte do projeto do governo federal, da área de linguística do texto e do discurso, apresentada na Universidade Federal de Minas Gerais, em 2014.

Segundo a autora, que se baseou nas informações disponibilizadas pela ONG “ECOS – Comunicação em Sexualidade, Reprolatina – Soluções Inovadoras em Saúde Sexual”, o kit era composto por: um caderno, uma série de seis boletins, três audiovisuais, dois DVDs e um cartaz. O kit seria distribuído para seis mil escolas do ensino médio da rede pública. O material foi produzido com apoio do Ministério da Educação, mas planejado e criado pelas ONGs Pathfinder do Brasil (coordenadora do projeto), ECOS e ABGLT – Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais.

Ainda de acordo com as informações disponibilizadas pela ECOS e analisadas por Felicíssimo, o kit seria:

Um conjunto de ferramentas educacionais, destinadas ao ensino médio, que visam à desconstrução de imagens estereotipadas sobre lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais e para a promoção do convívio democrático com a diferença no ambiente escolar. Orienta-se pelos princípios da igualdade e respeito à diversidade, da equidade, da laicidade do Estado, da universalidade das políticas públicas, da justiça social (FELICÍSSIMO, 2014, p. 15).

Em 2011, vídeos do kit, cuja elaboração teria começado alguns anos antes, foram expostos por meio da internet, reproduzidos em diversas mídias eletrônicas e em vários canais do Youtube, recebendo grande número de comentários e obtendo uma grande repercussão. “O resultado foi uma avalanche de manifestações públicas – que incluiu tanto personalidades políticas quanto artísticas – demonstrando-se contrárias ao kit e à sua distribuição para as escolas” (Ibid., p. 19). O material foi apelidado de “Kit Gay” por seus opositores e, segundo a autora, “o argumento mais recorrentemente utilizado para justificar o repúdio aos vídeos era o de que ele promoveria, induziria à homossexualidade” (Ibid.). Como

resultado, o kit não chegou a ser distribuído às seis mil escolas e nem ao menos foi integralmente publicado para que se pudesse avaliá-lo com mais propriedade.

“Em maio de 2011, a presidente Dilma Roussef vetou a distribuição dos materiais, cedendo a fortes pressões que vieram especialmente do Congresso Nacional, sobretudo da chamada ‘bancada evangélica’” (Ibid.). A decisão de Dilma Roussef foi criticada publicamente pela própria ECOS e por outras figuras públicas, como o deputado federal Jean Wyllys.

Molina ressaltou que o material foi avaliado pelo Conselho Federal de Psicologia Brasileiro, um dos órgãos apoiadores do projeto, e apoiado pelo UNAIDS; pelo CEDUS; pelo Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Promoção dos Direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais; UNESCO; pela UBES e pela UNE.

O outro caso polêmico da política nacional, que se alastrou por todo o período de trâmite processual das ações constitucionais no STF, foi o projeto de lei que criminalizaria a homofobia. Trata-se do Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 122, de 2006. O projeto visava, principalmente, a incluir entre os crimes de discriminação da lei 7.716 de 1989, a discriminação contra gênero, sexo, orientação sexual ou identidade de gênero; punir, com pena de reclusão de dois a cinco anos, qualquer ato que impedisse ou restringisse a expressão ou a manifestação de afetividade do cidadão homossexual em locais públicos ou privados abertos ao público; e punir, com pena de um a três anos, o impedimento de acesso a bares, restaurantes ou locais semelhantes abertos ao público ou a recusa de atendimento – incidindo a mesma pena para quem impeça ou restrinja a expressão ou a manifestação de afetividade em tais recintos.

Originalmente, o projeto foi apresentado em 2001, na Câmara dos Deputados pela Deputada Federal Iara Bernardi, do Partido dos Trabalhadores (PT) paulista, sob o número PL 5003/01 e ainda não tinha como propósito alterar a Lei Federal nº 7.716/89. Durante sua tramitação, porém, outros projetos de conteúdo semelhante foram anexados a ele. Em 2005, o Deputado Federal Luciano Zica, também do PT paulista e relator do projeto na Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) da Câmara dos Deputados, apresentou parecer sugerindo modificações no projeto original. A versão que dali saiu era basicamente a que foi descrita acima e foi aprovada pelo plenário da casa. Como manda o processo legislativo, o projeto foi remetido ao Senado Federal e recebeu a numeração pela qual ficou conhecido, PL 122/06.

A proposta encontrou vasta e feroz resistência entre as alas conservadoras do Congresso Nacional, especialmente na bancada evangélica. A disputa teve vários momentos de pico e a imprensa repercutiu amplamente o assunto. A questão fulcral do debate foi a abertura do texto e o receio de que pudesse abarcar atos que até então (e ainda hoje) não qualificavam injúria, até mesmo expressões de mero desacordo ou repúdio público à homossexualidade, direito do qual não abririam mão alguns setores da sociedade, especialmente se considerados os espaços religiosos, os quais a proposta expressamente incluía.

O projeto foi arquivado no Senado Federal em janeiro de 2015, após tramitar na casa durante duas legislaturas. Projeto semelhante de autoria da deputada Maria do Rosário, do PT do Rio Grande do Sul, passou então tramitar na Câmara dos Deputados. A ideia do partido governante seria avançar com a proposta na Câmara para que chegasse forte no Senado posteriormente. A principal resistência continuou a vir da bancada evangélica, que teme “que pessoas se manifestem contra as relações homoafetivas sejam submetidas a penas que variam de um a cinco anos de reclusão”. Vale ressaltar que também no projeto de reforma do Código Penal, ainda em curso, pode ser encontrada proposta de criminalização da homofobia (GUERREIRO, 2015).

Para encerrar esta seção do trabalho de forma contundente, conta-se a história de Jean Wyllys de Mattos Santos, que costura, em um grande exemplo, vários dos pontos trabalhados, desde a transformação do discurso gay na televisão e na cultura brasileira, passando pela comprovação da existência de uma significativa abertura moral e discursiva da sociedade brasileira atual à homossexualidade e, finalmente, a presença do discurso homossexual no Congresso Nacional à época do processo no STF.

Hoje uma das figuras mais representativas do discurso gay brasileiro, Jean apareceu para o Brasil em 2005, durante a quinta edição do programa Big Brother Brasil, da Rede Globo de Televisão. Wyllys venceu o programa e ganhou como prêmio um milhão de reais. O programa durou onze semanas, entre janeiro e março daquele ano. A cada semana dois participantes, escolhidos pela casa segundo as regras do jogo, disputavam os votos dos telespectadores para não serem eliminados. Wyllys, assumidamente homossexual, foi para o chamado paredão seis das onze vezes, e em todas foi referendado pelos milhões de telespectadores do programa, chegando a receber 88% dos votos em uma das oportunidades e 55% dos votos na final disputada por três pessoas, uma delas a atual celebridade da Rede Globo, a atriz Grazi Massafera.

Jean Wyllys foi eleito deputado federal em 2010, pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) do Rio de Janeiro. Jean foi eleito o melhor deputado federal do Brasil pelos internautas que participaram da votação do Prêmio Congresso em Foco. Em 2014, foi reeleito como o sétimo deputado federal mais votado do Rio de Janeiro, com pouco menos de 145 mil votos válidos.

A história de Jean Willis é particularmente significativa se considerarmos os apontamentos feitos por Anderson Ferrari. Referindo-se ao dia a dia do movimento gay, Ferrari destaca que a relação da comunidade homossexual com a política é uma das principais causas para o esvaziamento de representatividade dos homossexuais. Segundo o autor, seria fervorosa a paixão dos integrantes dos eventos quando são debatidas a personalidade e a identidade, com temas como a fidelidade, a promiscuidade e a violência, e quaisquer outros que possibilitem trazer as experiências e vivências pessoais para a reflexão. Entretanto, o comportamento desses integrantes destoaria muito quando propostas discussões mais impessoais, como a representatividade no Legislativo. Quando propostas discussões práticas sobre engajamento político, “o entusiasmo é menor e rapidamente ocorre a fuga ao tema nas reuniões, e a discussão descamba para outros assuntos fora do foco inicial” (FERRARI, 2004, p. 111).

Conforme conclui Ferrari:

Quando as pessoas perdem interesse pelo mundo público, quando não há um envolvimento pessoal e quando a vida pública se torna questão de obrigação formal, enfim, quando há uma deformação da vida pública, isso também afeta as relações íntimas, a vida privada, que passa a despertar o interesse das pessoas.

Sendo assim, **a luta do movimento gay articula-se em torno do grande problema da nossa sociedade, ou seja, uma vida pessoal desmedida e um interesse pela vida pública esvaziada** (Ibid., grifos nossos).

Para Ferrari, a principal busca do movimento gay “é por uma nova forma de pensar a sociedade, pela necessidade de pensar o político, nossas práticas cotidianas e a vida pública de outra forma”. O movimento gay lidaria com “uma concepção de político como ruptura com o passado” (FERRARI, 2004, p. 111). É certamente isso que tem tentado fazer Jean Wyllys, representando o discurso homossexual e suas demandas políticas no Congresso Nacional. O exemplo é a forma mais efetiva de transformação da sociedade e, como indica Ferrari e se verá com mais detalhes, a busca do movimento gay por libertação liberta também a sociedade como um todo.

3 ESTUDO DA DECISÃO À LUZ DA TEORIA DE ROBERT ALEXY

Na seção anterior, foi traçado um contorno geral do contexto político, social e cultural a partir do qual foi tomada a decisão da ADPF 132. Tentou-se contar de forma breve, mas contundente, a história da evolução dos direitos e dos discursos dos homossexuais no Brasil e da conquista de espaços protagonizada pelo movimento gay.

Nesta seção, trabalha-se uma perspectiva eminentemente analítica da decisão, com uma atenção principal aos argumentos trazidos pela dogmática jurídica e recepcionados pelos propositores das ações constitucionais que deram origem ao processo, o governador do estado do Rio de Janeiro e a PGR. As duas principais referências doutrinárias brasileiras adotadas por eles foram as obras de Luís Roberto Barroso e de José Reinaldo de Lima Lopes.

Teóricos estrangeiros também foram citados pelos doutrinadores brasileiros e pelas partes que atuaram no processo, tais como Anthony Giddens, John Rawls, Axel Honneth, Ronald Dworkin e o próprio Robert Alexy. Suas teorias estão internalizadas nos trabalhos dos doutrinadores nacionais e foram trazidas aos autos por meio dos argumentos jurídicos apresentados pelos proponentes das ações e pelos demais participantes do processo, como os diversos *amici curiae*. Com exceção de Robert Alexy, adotado como marco teórico deste trabalho, os demais foram estudados apenas indireta ou superficialmente, com uma atenção especial para os estudos de Ronald Dworkin, recorrentemente citados na inicial de ambas as ações constitucionais e por toda a argumentação jurídica que fundamenta a decisão, especialmente para as obras *Taking Rights Seriously*, *A Matter of Principle* e *Sovereign Virtue*.

Luís Roberto Barroso, hoje ministro do STF, era, à época, professor titular da UERJ e teve participação ativa no processo, inclusive por meio de sustentação oral em que representava o Governador do Estado do Rio de Janeiro (SUSTENTAÇÃO, 2015). Seus trabalhos influenciaram decisivamente o curso do processo, especialmente um artigo de 2007, “Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil”. Nesse artigo, com estilo elegante e objetivo, Barroso antecipou os argumentos centrais que definiram os pedidos das ações constitucionais (inclusive a posição adotada por esta pesquisa) e enquadrou as alternativas com as quais se defrontaram os ministros do STF, como está expressamente reconhecido na fundamentação da decisão.

Juntamente com a abordagem teórica de Barroso, trabalhou-se a perspectiva proposta por José Reinaldo de Lima Lopes, professor titular da Universidade de São Paulo (USP), a qual também embasou os argumentos de vários dos participantes do processo constitucional estudado, como, por exemplo, a inicial da ADPF 132 proposta pelo Governador do Rio de Janeiro. Em um artigo de 2005, “O direito ao reconhecimento para gays e lésbicas”, Lopes J. fornece um maior embasamento histórico à discussão e aprofunda uma perspectiva filosófica e social muito importante: a reivindicação por reconhecimento, tratando da questão do estigma social.

Foram os argumentos jurídicos apontados por Barroso e Lopes que determinaram o resultado do julgamento e embasaram decisivamente a decisão tomada. Para fazer uma análise desses argumentos, recorreu-se ao trabalho de Alexandre Trivisonno, principalmente de seu artigo “Igualdade, Dignidade, proteção à família e união homoafetiva: o STF sem saída?”, de 2013. Trivisonno realizou com maestria dissecação e sistematização dos principais argumentos jurídicos que pautaram a decisão tomada pelo STF, avaliando-os a partir da perspectiva da teoria de Robert Alexy. Esta pesquisa se escorou na excelente análise do professor para embasar uma leitura própria do caso, contrapondo as posições estudadas e destacando os pontos de conflito.

A partir do arcabouço argumentativo e teórico montado, formularam-se conclusões a respeito das alternativas de decisão com que se depararam os ministros, complementando, quando couber, as perspectivas dos autores estudados. Essas conclusões serviram como base para as reflexões normativas acerca dos efeitos da decisão tomada e do papel do STF e do Judiciário na democracia brasileira, as quais ficaram resguardadas para a última seção deste trabalho.

3.1 A argumentação jurídica doutrinária que embasou a decisão

Em seus estudos, Luís Roberto Barroso e José Reinaldo de Lima Lopes apresentaram leituras históricas semelhantes à que foi feita no primeiro capítulo deste trabalho. Segundo Barroso, nas últimas décadas, atingiu-se o ápice de um processo de superação do preconceito e da discriminação: inúmeras pessoas passaram a viver a plenitude de sua orientação sexual e, assumiram publicamente suas relações homoafetivas. “No Brasil e no mundo, milhões de pessoas do mesmo sexo convivem em parcerias contínuas e duradouras, caracterizadas pelo afeto e pelo projeto de vida em comum” (BARROSO, 2007,

p. 1-2). Conforme o Procurador-Geral da República apontou, em argumento retomado por vários dos ministros, segundo censo de 2010, do IBGE, havia declaradas mais de 60.000 uniões homoafetivas de fato no Brasil (BRASIL, 2011b, p. 2118, 2199 e outras).

Lopes J., por sua vez, ressaltou que a moral até então (e ainda hoje) hegemônica, na sociedade brasileira, era uma moral tradicional. Destacou também a composição do Congresso Nacional, cuja maioria era avessa ao avanço legislativo no campo dos direitos dos homossexuais, especialmente quanto à expansão do conceito de família e à extensão dos regimes jurídicos existentes às uniões estáveis. Lopes J. citou duas opiniões provenientes do universo jurídico brasileiro que ilustram o que quer dizer:

O Brasil não está preparado para a união civil. É desnecessária e contrária as bases culturais e religiosas do país. É assim que o juiz de direito Marcos Augusto Barbosa dos Reis se manifesta, em entrevista concedida à revista Trip, a respeito da união entre pessoas do mesmo sexo. “Nem o direito natural e nem a legislação constitucional e infraconstitucional brasileiras prevêem a união homossexual. [...] Essas decisões isoladas jamais significarão que dois, ou duas pessoas, possam encontrar a felicidade e a proteção do direito a partir de uma conduta que é um desvio da natureza das coisas. E este é o teor da declaração dada pelo advogado Jaques de Camargo Penteado, no jornal Tribuna do Direito (LOPES J., 2005, p. 65).

Tais declarações “mostram o quanto a discussão jurídica brasileira está contaminada por equívocos e por falta de entendimento adequado do que são o direito, a democracia e a moral” (Ibid.). Para Lopes J., as pessoas que pensam assim confundem ordem jurídica com ordem aceitável para a maioria, confundem direito com moral tradicional e confundem religião e Estado.

Barroso reconheceu que é relativamente recente a aceitação social e o reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas de fato, o que inegavelmente deixava, à época do julgamento, incertezas sobre como o Direito deveria definir a questão. O autor destacou que nem a Constituição e nem o código civil faziam referência expressa à união entre pessoas do mesmo sexo, isso o levou a propor preliminarmente as seguintes indagações:

- a) a Constituição considera legítima a discriminação das pessoas em função de sua orientação sexual?
- b) a referência feita à união estável entre homem e mulher significa uma proibição da extensão de tal regime jurídico às uniões homoafetivas?
- c) inexistindo a vedação constitucional referida na alínea anterior, cumpre determinar, ainda assim, qual regime jurídico deve ser aplicado às uniões homoafetivas: (i) o das sociedades de fato; ou (ii) o da união estável?

A partir desses questionamentos, Barroso desenvolveu uma tese principal e uma tese acessória, segundo as quais, respectivamente, (i) o conjunto de princípios

constitucionais impunha a extensão do regime jurídico da união estável às uniões homoafetivas e, (ii) ainda que não impusesse, tratar-se-ia de uma lacuna da lei que deveria ser integrada por meio de analogia. Trivisonno definiu essas duas teses, respectivamente, como argumento da regulamentação positiva e argumento da lacuna. Este trabalho as define como tese da interpretação extensiva e tese da integração por analogia, identificando na segunda uma solução mais equilibrada. Essas teses de Barroso pautaram as petições iniciais das duas ações constitucionais julgadas em conjunto e também a fundamentação do acórdão, conforme se vê na dissecação dos argumentos dos ministros do STF feita por Trivisonno.

Barroso destacou que já havia decisões esparsas que reconheciam as uniões entre pessoas do mesmo sexo como passíveis de tratamento análogo ao do regime jurídico da união estável, mesmo que não se tratasse de uma posição dominante ou pacificada. Não obstante, o que existia até a decisão do STF era a divergência e essa divergência foi utilizada pelo atual ministro para fundamentar a afetação ao princípio da segurança jurídica. Para demonstrar isso, ele cita duas decisões:

Constitui união estável a relação fática entre duas mulheres, configurada na convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir verdadeira família, observados os deveres de lealdade, respeito e mútua assistência. Superados os preconceitos que afetam ditas realidades, aplicam-se os princípios constitucionais da dignidade da pessoa, da igualdade, além da analogia e dos princípios gerais do direito, além da contemporânea modelagem das entidades familiares em sistema aberto argamassado em regras de inclusão. Assim, definida a natureza do convívio, opera-se a partilha dos bens segundo o regime da comunhão parcial. Apelações desprovidas⁶.

Apelação Cível. Ação declaratória. União homoafetiva. Impossibilidade jurídica do pedido. Carência de ação. Sentença mantida. A impossibilidade jurídica do pedido ocorre quando a ordem jurídica não permite a tutela jurisdicional pretendida; Na esteira da jurisprudência deste Tribunal de Justiça, diante da norma expressa, contida no art. 226, §3º, da Constituição da República, somente entidade familiar pode constituir união estável, através de relacionamento afetivo entre homem e mulher; revela-se manifestamente impossível a pretensão declaratória de existência de união estável entre duas pessoas do mesmo sexo⁷ (BARROSO, 2007, p. 4).

⁶ TJ/RS, j. 25 jun. 2003, AC 70005488812, Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis. No mesmo sentido: TJ/RS, j. 17 nov. 2004, AC 70009550070, Rel. Des. Maria Berenice Dias; TJ/RJ, j. 21 mar. 2006, AC 2005.001.34933, Rel. Des. Letícia Sardas.

⁷ TJ/MG, j. 24 mai. 2006, AC 1.0024.04.537121-8/002, Rel. Des. Domingos Coelho. No mesmo sentido: TJ/RJ, j. 7 fev. 2006, AC 2006.001.00660, Rel. Des. Bernardo Moreira Garcez Neto; TJ/SP, j. 7 jun. 2005, AI 388.800-4/7, Rel. Des. José Joaquim dos Santos.

Como se pode verificar, a origem da divergência era oriunda, principalmente, da interpretação do artigo 1.723 do Código Civil Brasileiro:

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família (BRASIL, 2015a).

E do artigo 226, §3º, da Constituição Federal:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento (BRASIL, 2015b).

3.1.1 Evolução do conceito de família e interpretação do texto constitucional

Conforme destacou o Min. Relator Ayres Britto: "o século XXI já se marca pela preponderância da afetividade sobre a biogenicidade" (BRASIL, 2011b, p. 2089).

Para tratar da interpretação do texto legal, Barroso retomou os conceitos de família e de entidade familiar, fazendo várias referências à obra do então advogado e professor da Universidade Federal do Paraná (UFP), Luiz Edson Fachin, recém-indicado por Dilma Rousseff e aprovado pelo Senado Federal para ocupar a vaga deixada pelo Min. Joaquim Barbosa no STF, conforme reportagem do G1 (SALOMÃO e ALEGRETTI, 2015). Segundo Barroso, o conceito de família vinha passando por importantes mudanças. Antes, as questões patrimoniais eram o núcleo primordial para a compreensão do instituto, mas, com a constitucionalização do direito, os aspectos existenciais adquiriram premência. A família passou a ser compreendida como um ambiente privilegiado para o desenvolvimento da personalidade de seus membros. Ou seja, a família passou a ser um meio para a realização dos potenciais individuais e não mais um fim em si mesmo ou um mero símbolo da tradição e da coesão social, como ocorria anteriormente (BARROSO, 2007, p. 23). O autor fez referência à seguinte passagem de Fachin:

Da superação do antigo modelo da 'grande-família', na qual avultava o caráter patriarcal e hierarquizado da família, uma unidade centrada no casamento, nasce a família moderna, com a progressiva eliminação da hierarquia, emergindo uma restrita liberdade de escolha; o casamento fica dissociado da legitimidade dos filhos. Começam a dominar as relações de afeto, de solidariedade e de cooperação. Proclama-se a concepção eudemonista da família: não é mais o indivíduo que existe para a família e para o casamento, mas a família e o casamento existem para o seu

desenvolvimento pessoal, em busca de sua aspiração à felicidade (FACHIN, 2003, p. 306).

A família é um fenômeno sócio-cultural institucionalizado pelo Direito, afirmou Barroso, e, em sua concepção mais atual, o elemento essencial que a define é a afetividade. O núcleo do conceito, segundo o autor, passou a ser “a mútua assistência afetiva, a chamada *affectio maritalis*, conceituada como a vontade específica de firmar uma relação íntima e estável de união” (BARROSO, 2007, p. 24). A consanguinidade teria perdido seu lugar nos tempos atuais e estariam obsoletas as concepções da família fundadas na geração e na criação de filhos conforme os padrões tradicionais (Ibid.).

“A nova família, entendida como ‘comunidade de afeto’, foi consagrada pelo texto constitucional de 1988” (Ibid) e foi fruto de um processo gradativo de evolução. Durante a vigência da Constituição de 1967, entendia-se que somente por meio do casamento era possível constituir-se a família, inexistindo o instituto da união estável. “Apesar da literalidade do dispositivo, a jurisprudência passou a reconhecer efeitos jurídicos às uniões livres, à medida que avançavam as concepções culturais e sociais” (Ibid.). Segundo Barroso, o processo que possibilitou essa evolução foi uma “verdadeira mutação constitucional”, cujas etapas o autor aponta:

- a) Primeiramente, negava-se eficácia jurídica ao concubinato, estigmatizado pelo Código Civil de 1916 como relação insuscetível de qualquer proteção;
- b) Em uma segunda etapa, parte dos dissídios começa a ser resolvida no plano do direito a um salário ou indenização por serviços domésticos prestados a seu par;
- c) Em seguida, insere-se este tipo de relação no direito obrigacional, de modo a impedir o enriquecimento injustificado de um dos concubinos em detrimento do outro. Reconhece-se, então, a existência de sociedade de fato;
- d) Num momento posterior, passou-se a reconhecer verdadeira união-de-fato entre companheiros, prevendo-se efeitos jurídicos na esfera assistencial, previdenciária, locatícia, etc.;
- e) Por fim, a Constituição de 1988 recepciona e aprofunda essa evolução, prevendo expressamente a figura da união estável como entidade familiar e afastando qualquer resquício de hierarquização entre tais uniões e o casamento (Ibid.).

Foi com base nesse raciocínio que Barroso concluiu que, “para além da família formada pelo casamento, reunindo homem, mulher e filhos, o Direito vem progressivamente reconhecendo novas modalidades de entidade familiar” (Ibid.). O desafio atual do Direito de família seria o de abarcar a diversidade do real e atender às demandas subjetivas que lhe são confiadas.

Além disso, o próprio instituto jurídico do casamento tem evoluído. Como bem destacou Barroso, “até pouco tempo, aceitava-se como normal a superioridade jurídica

dos homens sobre as mulheres” (Ibid. p. 7) – conforme entendimento consagrado em dispositivos do CC de 1916, que atribuíam, ao homem, a chefia da família e a primazia na educação dos filhos. Como apontou o Relator, Min. Ayres Britto, até 1962, a mulher era juridicamente categorizada como relativamente incapaz para os atos da vida civil, nos termos da redação original do art. 6º do Código Civil de 1916. Exterminar qualquer resquício dessa hierarquização entre homem e mulher e assentar a paridade jurídica entre homem e mulher seria justamente a razão pela qual o § 4º do art. 226 da CF determina que "os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher" (BRASIL, 2011a). O artigo seria um marco do avanço no processo civilizatório.

Barroso reconheceu que a Constituição de 1988 faz menção apenas à união estável entre homem e mulher, em texto praticamente idêntico ao do Código Civil. Entretanto, segundo ele, o constituinte não teria exercitado um silêncio eloquente, apenas deixado o tema aberto à evolução dos costumes e do Direito. Segundo a interpretação de Barroso do texto constitucional, quando o legislador, estabelecendo as uniões estáveis, se referiu ao homem e à mulher, não tinha a intenção de vedar a aplicação do mesmo regime à hipótese das relações homoafetivas. Para autor, “nem o teor do preceito nem o sistema constitucional como um todo contêm indicação nessa direção” (Ibid., p. 26-27).

A regra do art. 226, § 3º, da CF seria um marco da superação da antiga distinção entre casamento e relações de companheirismo. “Trata-se de norma inclusiva, de inspiração anti-discriminatória, que não deve ser interpretada como norma excludente e discriminatória, voltada a impedir a aplicação do regime da união estável às relações homoafetivas” (Ibid. p. 31). A frase mais eloquente de Barroso nesse sentido, que foi reiterada em sua sustentação oral e, quando proferida, arrancou um sorriso de satisfação da plateia é a seguinte: “Extrair desse preceito [art. 226 da CF] tal consequência [não-extensão do instituto às uniões homoafetivas] seria desvirtuar a sua natureza: a de uma norma de inclusão”. Barroso argumentou que tal norma foi introduzida na Constituição justamente “para superar a discriminação que, historicamente, incidira sobre as relações entre homem e mulher que não decorressem do casamento”. Seria uma afronta interpretar uma regra constitucional contrariando os princípios constitucionais e os fins que a justificam (Ibid., p. 27).

Conclui o autor:

Insista-se, para que não haja margem a dúvida: não tem pertinência a invocação do argumento de que o emprego da expressão “união estável entre o homem e a mulher” importa, *a contrario sensu*, em proibição à extensão do mesmo regime a uma outra hipótese. Tal norma foi o ponto culminante de

uma longa evolução que levou à equiparação entre companheira e esposa. Nela não se pode vislumbrar uma restrição – e uma restrição preconceituosa – de direito. Seria como condenar alguém com base na lei de anistia. O Código Civil, por sua vez, contém apenas uma norma de reprodução, na parte em que se refere a homem e mulher, e não uma norma de exclusão. Exclusão que, de resto, seria inconstitucional (Ibid.).

O Min. Joaquim Barbosa concordou expressamente com essa posição de Barroso em seu voto a favor do reconhecimento e o entendimento foi consagrado na ementa do acórdão, conforme se vê com detalhe adiante (BRASIL, 2011b, p. 2177).

É importante destacar que, para Barroso, a interpretação é necessariamente o produto de seu tempo, de uma época, de um momento histórico. “A identificação do cenário, dos atores, das forças materiais atuantes e da posição do sujeito da interpretação constitui o que a doutrina denomina de pré-compreensão” (BARROSO, 2007, p. 5). O papel do intérprete não seria apenas o de descobrir e revelar a solução abstratamente contida na norma, mas, sim, o de, em face do caso concreto e dentro das possibilidades e limites oferecidos pelo ordenamento, valorar e fazer escolhas fundamentadas.

Para o autor, haveria um “dever ético do intérprete de declinar a sua pré-concepção a propósito da matéria que está sendo interpretada, o que significa dizer, explicitar o seu ponto de observação e os valores e fatores que influenciam sua argumentação” (Ibid.). Para que seja possível compreender a fundamentação adotada pelo discurso jurídico e controlar ou criticar o processo interpretativo, seria indispensável honestidade intelectual e transparência, que somente seriam possíveis por meio da obediência a esse dever ético. Barroso expôs então as premissas de fato e de valor que compõem sua visão de mundo e das quais parte em sua leitura:

- a) a homossexualidade é um fato da vida;
- b) as relações homoafetivas são fatos lícitos e relativos à esfera privada de cada um;
- c) o intérprete constitucional deve ser movido por argumentos de razão pública e não por concepções particulares, sejam religiosas, políticas ou morais;
- d) o papel do Estado e do Direito é o de acolher – e não o de rejeitar – aqueles que são vítimas de preconceito e intolerância.

Além disso, o autor considerou que “as concepções religiosas dogmáticas, as ideologias cerradas e as doutrinas abrangentes em geral fazem parte da vida contemporânea” e têm direito de participarem do debate público, expressando seus pontos de vista. A ordem jurídica, entretanto, não deveria ficar refém de concepções particulares, sejam religiosas políticas ou morais, especialmente nos casos em que tais concepções traduzem intolerância, ou dificuldade de compreender o outro (Ibid., p. 6).

Para que se possa concluir em favor do reconhecimento, bastaria constatar que não há incompatibilidade alguma entre a união homoafetiva e a união estável tradicional (ou mesmo entre essas e o casamento). O não-reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas não beneficiaria, em nenhuma medida, as uniões convencionais e tampouco promoveria qualquer valor constitucionalmente protegido. “Tendo havido – como houve – uma decisão estatal de dar reconhecimento jurídico às relações afetivas informais, a não-extensão desse regime às uniões homoafetivas traduz menor consideração a esses indivíduos” (Ibid., p. 7).

3.1.2 Princípios constitucionais que impõem o reconhecimento

Como foi dito, a tese principal de Barroso foi a de que o conjunto de princípios constitucionais impõe a extensão do regime jurídico da união estável às uniões homoafetivas. Barroso remeteu ao atual paradigma constitucional para expor a perspectiva a partir da qual faz uso dos princípios mencionados. Segundo o autor, “o ambiente filosófico do direito constitucional contemporâneo é o do pós-positivismo, que se caracteriza pela reaproximação entre o Direito e a Ética” (Ibid., p. 11). Entre as principais características desse paradigma, para Barroso, estariam: “(i) a reentronização dos valores na interpretação jurídica, (ii) o reconhecimento de normatividade aos princípios e (iii) o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a dignidade da pessoa humana” (Ibid.). Esses ideais se efetivariam por meio da consolidação dos direitos fundamentais como uma ordem objetiva de valores a inspirar a compreensão e a aplicação do Direito.

O autor construiu sua defesa sobre quatro princípios constitucionais: igualdade, liberdade, dignidade da pessoa humana e segurança jurídica. Esses quatro pilares de sustentação da tese principal, antecipados por Barroso em 2007, foram também os princípios mais importantes invocados pelos ministros em sua fundamentação, o que fica bem demonstrado por Trivisonno e é retomado na segunda parte desta seção.

3.1.2.1 Princípio da igualdade

O princípio da igualdade é o principal sustentáculo da tese de Barroso, e também do acórdão, como se verá adiante. Barroso invocou a liberdade, chamando-a de “a virtude soberana”, em expressa referência a Dworkin (2002). A partir do princípio da igualdade, a Constituição de 1988 condenaria expressamente qualquer forma de preconceito

ou discriminação, abrangendo, assim, o menosprezo e a desequiparação. Demonstrou-se que o texto constitucional expressa essa condenação principalmente no art. 3º, ao dispor, entre os objetivos fundamentais da República: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação (BRASIL, 1988).

Barroso fez distinção entre a igualdade formal e a material. A primeira remeteria à origem histórica liberal do princípio, ou seja, à condenação da hierarquização entre pessoas e da instituição de privilégios ou vantagens que não possam ser republicamente justificadas. A segunda invocaria a ideia de justiça distributiva e social, não bastando equiparar as pessoas na lei ou perante a lei, mas, sim, prover condições fáticas de mitigação das diferenças, especialmente as mais graves desigualdades materiais (BARROSO, 2007, p. 13-14). O autor apontou que basta o conceito de igualdade formal para sustentar a necessidade de extensão do regime jurídico da união estável às uniões homoafetivas. Uma assertiva de Barroso se destacou nesse sentido: “a lei não deve dar tratamento diferenciado a pessoas e situações substancialmente iguais, sendo inconstitucionais as distinções caprichosas e injustificadas” (Ibid., p. 14).

O autor reconheceu que existem situações e fatos que ensejam distinções válidas. O princípio da isonomia impõe que isso só ocorra quando o fundamento da desequiparação for razoável e o fim a que se destina legítimo. Propôs, assim, que se avalie, no caso concreto, se a orientação sexual é um fator aceitável para negar às relações homoafetivas regime jurídico equiparável ao das uniões estáveis (Ibid., p. 15).

Aqueles que defendem o não-reconhecimento recorreriam a três fundamentos principais para justificar a distinção: a impossibilidade de procriação, a violação dos padrões de “normalidade moral” e a incompatibilidade com os valores cristãos. Para Barroso, nenhum deles seria razão suficiente, especialmente se considerada a suspeita que a constituição lança sobre diferenciações fundadas em questões de gênero e sexo, o que agravaria o ônus argumentativo de quem pretende sustentar a discriminação jurídica.

A impossibilidade de procriação não seria justificativa por não ser a única e nem mais a principal função da família. Atualmente esse lugar seria ocupado pela afetividade. Nesse sentido, “o próprio Código Civil impõe como requisito para a caracterização de união estável apenas a convivência pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituir família. Não há qualquer referência à procriação” (Ibid., p. 14-15). Barroso apontou

também que o reconhecimento da família monoparental poria em cheque o argumento da procriação como característica essencial da família.

Segundo José Reinaldo de Lima Lopes, a respeito da redução do propósito da família à procriação:

Mesmo a teologia cristã abriu mão no século passado de uma afirmação tão simplista como essa. Especificamente na tradição católico-romana, a constituição *Gaudium et Spes*, de 1965, expressa: “O matrimônio, porém, não foi instituído apenas para o fim da procriação”. E acentua que o matrimônio consiste na expressão de um amor: “Essa afeição se exprime e realiza de maneira singular pelo ato próprio do matrimônio. Por isso, os atos pelos quais os cônjuges se unem íntima e castamente são honestos e dignos”. Na mesma linha, passados já os anos do grande debate em meados do século 20, o Catecismo oficial (de 1992) estipulou que, para além da transmissão da vida, uma finalidade tão importante do matrimônio, é o “bem dos cônjuges” (LOPES J., 2005, p. 81-82).

Ao contrário, afirmou o autor, os casais inférteis também são abraçados pela doutrina da Igreja. A simples impossibilidade de gerar prole não é, para o direito canônico, causa de anulação de casamentos, como evidenciado pelo Código de direito canônico vigente desde 1983 para a igreja romana e que consolida a longa tradição segundo a qual: “A esterilidade não proíbe nem dirime o matrimônio” (Ibid.).

Inobservância aos padrões de normalidade moral tampouco seria argumento razoável para a manutenção do tratamento discriminatório, pois, segundo Barroso, em épocas e lugares diferentes, já foram ou são normais a tortura, a escravidão e a mutilação. No regime democrático contemporâneo, seria dever do Estado rejeitar a imposição autoritária da moral dominante em defesa da minoria, sobretudo quando a conduta desta não afeta os direitos de terceiros. “Não há razão para se reproduzir o erro” (Ibid., p. 16). É também nesse sentido que Lopes J. afirmou que “nosso sistema jurídico garante e valoriza a pluralidade de formas de vida e de pensamento, e não legitima que o Estado patrocine a uniformização, o conformismo e a submissão” (LOPES J., 2005, p. 78).

Por último, tampouco seria correto justificar o não-reconhecimento com base em uma suposta contrariedade aos valores cristãos. Barroso sustentou que um argumento dessa natureza não tem lugar no discurso jurídico de um Estado laico. Até porque, apontou o autor, a Igreja Católica sequer reconhece as uniões estáveis entre homens e mulheres. Argumento que sustentou com uma citação de discurso do Papa Bento XVI de 2006, em que o pontífice critica a introdução no ordenamento jurídico de formas de união diversas do

casamento, as quais contribuiriam para desestabilizar o papel social insubstituível da família (BARROSO, 2007, p. 17).

3.1.2.2 Princípio da liberdade

Barroso distinguiu três concepções de liberdade: liberdade enquanto poder de auto-determinação do indivíduo; liberdade enquanto produto do contexto no qual ele se insere; e uma terceira via, em que o conteúdo nuclear da liberdade é o poder de escolha autônomo do indivíduo, mas esse núcleo sofre fortes influências das circunstâncias naturais, psíquicas, culturais, econômicas e históricas. Atualmente só faria sentido uma noção de liberdade que levasse em consideração a realidade concreta a partir da qual, em alguma medida, cabe ao Estado criar condições para que o sujeito possa buscar sua liberdade.

Um Estado democrático de Direito deve não apenas assegurar ao indivíduo o seu direito de escolha entre várias alternativas possíveis, como, igualmente, deve propiciar condições objetivas para que estas escolhas possam se concretizar⁶¹. As pessoas devem ter o direito de desenvolver a sua personalidade e as instituições políticas e jurídicas devem promover esse desenvolvimento, e não dificultá-lo (BARROSO, 2007, p. 18).

Alguns aspectos da vida humana seriam centrais para a formação da personalidade dos indivíduos e caberia ao Estado dedicar uma atenção especial à criação de condições para que os sujeitos possam realizar-se nesses campos. O campo da sexualidade, dos afetos e da família seria um desses. Para Barroso, não estender o regime jurídico das uniões estáveis às uniões homoafetivas não constituiria mera omissão do legislador ou lacuna do sistema, mas uma “forma comissiva de embaraçar o exercício da liberdade e o desenvolvimento da personalidade de um número expressivo de pessoas, depreciando a qualidade dos seus projetos de vida e dos seus afetos” (Ibid.) – seria torná-los menos livres para viver suas escolhas.

Nesse ponto, Barroso recorreu à teoria de Robert Alexy para formular seu argumento. Segundo propugnou o autor, qualquer restrição à autonomia privada deve ser justificada pela promoção de outros bens jurídicos igualmente tutelados. Recorrendo ao sub-princípio da proporcionalidade em sentido estrito, Barroso defendeu que somente a afetação ao núcleo de outro direito fundamental seria uma razão de relevância suficiente para ensejar uma ponderação que ponha em cheque a liberdade individual. O não-reconhecimento das uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo, destacou, não promove nenhum bem jurídico que mereça proteção em um ambiente republicano (Ibid., p. 19).

Ao contrário, atende apenas a uma determinada concepção moral, que pode até contar com muitos adeptos, mas que não se impõe como juridicamente vinculante em uma sociedade democrática e pluralista, regida por uma Constituição que condena toda e qualquer forma de preconceito. Esta seria uma forma de *perfeccionismo* ou autoritarismo moral, próprio dos regimes totalitários, que não se limitam a organizar e promover a convivência pacífica, tendo a pretensão de moldar *indivíduos adequados* (Ibid.).

Aprofunda-se à frente, em análise própria, a importância da liberdade para realizar atos jurídicos e, especialmente, sua relação com as regras de competência.

3.1.2.3 Princípio da dignidade da pessoa humana

Barroso destacou dois sentidos da ideia de dignidade: (i) a concepção kantiana de que ninguém pode ser tratado como meio, devendo cada indivíduo ser considerado sempre como fim em si mesmo; e (ii) a concepção dworkiniana de que todos os projetos pessoais e coletivos de vida são dignos de igual respeito e consideração. “A não atribuição de reconhecimento à união entre pessoas do mesmo sexo viola simultaneamente essas duas dimensões nucleares da dignidade humana” (Ibid., p. 21).

Vedar a possibilidade de realização de projetos afetivos entre pessoas do mesmo sexo afirmando o monopólio do padrão majoritário seria tratar os indivíduos como mero meio para a realização de um projeto coletivo cuja falsa legitimidade seria extraída da tradição e da normalidade. Além disso, o reconhecimento do outro exerce importante papel na construção da identidade e no desenvolvimento da auto-estima de cada sujeito de direito. Para Barroso, o não reconhecimento seria causa de grande sofrimento pessoal, pois levaria muitos indivíduos a negarem sua própria identidade. “A distinção ora em exame, ao não atribuir igual respeito às relações homoafetivas, perpetua a dramática exclusão e estigmatização a que os homossexuais têm sido submetidos no Ocidente” (Ibid., p. 21). Aprofunda-se este ponto adiante quando abordada a concepção de Lopes J. sobre a demanda por reconhecimento.

3.1.2.4 Princípio da segurança jurídica

Luís Roberto Barroso destacou que o “princípio da segurança jurídica envolve a tutela de valores como a previsibilidade das condutas, a estabilidade das relações jurídicas e a proteção da confiança” (Ibid., p. 21-22). O autor reiterou que as uniões entre pessoas do mesmo sexo são um fato da vida e uma possibilidade jurídica, ainda que não reguladas por

regime jurídico específico. Nesse contexto, diante da omissão do legislador, a insegurança jurídica seria uma consequência inevitável da exclusão dessas uniões do regime jurídico da união estável.

“O quadro de incerteza alimentado por manifestações díspares do Poder Público, inclusive decisões judiciais conflitantes, afetaria o princípio da segurança jurídica, tanto do ponto de vista das relações entre os parceiros quanto das relações com terceiros” (Ibid., p. 22). Seria legítima a demanda por previsibilidade do tratamento a ser adotado pelos tribunais, especialmente em relação a temas que envolvem herança, previdência, partilha de bens, deveres de assistência recíproca e alimentos, diretamente relacionados ao direito de família e ao instituto da união estável. A dúvida existente à época também recairia sobre eventuais direitos de terceiros que se relacionassem negocialmente com indivíduos em uma relação homoafetiva, como ocorre, por exemplo, nos casos em que é necessária a anuência do companheiro para alienar bens ou conceder garantia. A extensão desse instituto às relações homoafetivas permitiria superar imediatamente a insegurança jurídica existente (Ibid.).

3.1.3 Lacuna e analogia

Barroso considerou suficiente a tese principal de que a Constituição, interpretada sistêmica e teleologicamente a partir dos princípios referidos, imporia o reconhecimento das uniões homoafetivas como espécie do gênero: uniões estáveis. Entretanto, mesmo que se considerasse que não há tal imposição constitucional, necessariamente tratar-se-ia então de lacuna ou silêncio da lei, cabendo ao intérprete supri-la por meio de mecanismos de integração.

Conforme Barroso descreve:

a omissão, lacuna ou silêncio da lei consiste na falta de regra jurídica positiva para regular determinado caso. A ordem jurídica, todavia, tem uma pretensão de completude, e não se concebe a existência de nenhuma situação juridicamente relevante que não encontre uma solução dentro do sistema. O processo de preenchimento de eventuais vazios normativos recebe o nome de *integração* (Ibid., p. 27).

Não se trataria de revelar um sentido normativo já existente e aplicável ao caso concreto, mas de identificar a inexistência de tal sentido para aquele caso, buscando no sistema uma resposta normativa nova capaz de cuidar de uma hipótese não prevista pelo legislador. Barroso destacou que, a partir da evolução do constitucionalismo ocorrida nas

últimas décadas, “os princípios, notadamente os princípios constitucionais, passaram a funcionar como a porta pela qual os valores passam do plano ético para o mundo jurídico” (Ibid., p. 28).

Em sua trajetória ascendente, os princípios deixaram de ser fonte secundária do Direito para serem alçados ao centro do sistema jurídico. De lá irradiam-se por todo o ordenamento, influenciando a interpretação e aplicação das normas jurídicas em geral, permitindo a leitura moral do Direito (Ibid.).

Nas hipóteses de omissão normativa, portanto, dever-se-ia buscar esses mesmos princípios para saná-la, como, por exemplo, no caso das uniões estáveis entre homem e mulher e as uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo. A integração deveria ser feita por analogia. Para Barroso, a “analogia consiste na aplicação de uma norma jurídica concebida para uma dada situação de fato a uma outra situação semelhante, mas que não fora prevista pelo legislador” (Ibid., p. 29).

Reconhecer-se-ia, assim, a união homoafetiva como um tipo de família não expressamente considerado, adicionando-o ao rol trazido no texto legal: o casamento, a união estável heterossexual e a família monoparental. “Apesar da falta de norma específica, o reconhecimento dessa modalidade seria imposto pelo conjunto da ordem jurídica e pela presença dos elementos essenciais que caracterizam as uniões estáveis e as entidades familiares” (Ibid.). Aprofunda-se bastante essa proposta na sequência do trabalho, analisando sua pertinência face às profundas mudanças culturais apontadas na primeira seção desse trabalho e avaliando a mutação constitucional ocorrida e os limites possíveis à arbitrariedade das cortes constitucionais.

Feita a ressalva de Trivisonno (TRIVISONNO, 2013, p. 218), segundo a qual também a tese da lacuna concluiria pela regulamentação positiva do reconhecimento (aprofunda-se adiante), o conceito de Barroso sobre lacuna e completude do ordenamento se coaduna com a teoria de Alexy e é adotado como pressuposto teórico para a análise crítica realizada à frente. O problema da demanda por completude do sistema face à demanda por coerência (BOBBIO, 1999, p. 71-110 e 116-127) é resolvido na teoria de Alexy pela vinculação do direito à moral (ALEXY, 2009, 24-27). A teoria da dupla natureza do direito, real e ideal, permite conciliar justiça e segurança jurídica, resolvendo o dilema dos positivismo (ALEXY, 2014a, p. 133 e BOBBIO, 1999, p. 128).

A tese do caso especial e a definição das portas de entrada do discurso moral no discurso jurídico (ALEXY, 2005b, p. 209 e 273) permitem que se corrijam eventuais incoerências aparentes do sistema provenientes de lacuna da lei ou de mutação constitucional,

sem que haja, de fato, lacuna normativa ou antinomia no sistema. Permitem fazê-lo, inclusive, ao mesmo tempo em que se controla racionalmente a arbitrariedade do juiz por meio de regras do discurso jurídico, que reconhecem força especial à dimensão fática do direito positivado e restringem a utilização de argumentos prático-morais.

3.1.4 Moral Crítica e Direito ao Reconhecimento

José Reinaldo de Lima Lopes retomou, em Dworkin (1977), a discussão que ocorreu no Reino Unido, no início dos anos 60, quando foi debatido o fim da criminalização dos atos homossexuais consensuais entre adultos, entre Lord Devlin, membro da seção de justiça da Câmara dos Lordes – mais alta instância judicial da nação – e Herbert L. Hart. O Min. Marco Aurélio lançou mão desse mesmo embate entre Hart e Devlin para condenar o aprisionamento do direito por uma determinada moral coletiva (BRASIL, 2011b, p. 2261).

Conforme ensinou Lopes J., o imbróglgio se iniciou quando a Comissão Wolfenden, criada para avaliar a matéria, concluiu seus trabalhos em favor da descriminalização. “Parte da opinião pública britânica sentiu-se contrariada, pois isso significava fazer uma escolha de caráter moral, tirar de tais práticas o caráter de algo sujeito a pena, apartá-las da idéia de pecado” (LOPES J., 2005, p. 67). Lord Devlin entrou no debate dizendo que caberia ao direito, especialmente ao direito penal de um país, adotar a moral da maioria. Seria indispensável que o governo adotasse uma moral comum e, portanto, legítimo que punisse atividades subversivas, como é o caso, por exemplo, tanto da traição, como dos vícios.

Lopes J. citou uma eloquente assertiva de Devlin: “A sociedade não é mantida por laços físicos, mas por laços invisíveis de pensamento comum. Se esses laços se afrouxarem, os membros irão à deriva” (Devlin, 1991, p. 74). Para Devlin, religião e moral não poderiam ser dissociadas e a moral do Reino Unido e do ocidente é a moral cristã, o direito deve, portanto, ser coerente com seus valores, salvaguardando assim o bem comum e a integração do corpo social. “Alguém que vive em uma sociedade cristã não pode ser obrigado a se converter ao cristianismo, mas está obrigado a aderir à moralidade cristã, que é a moralidade social de seu meio” (LOPES J., 2005, p. 67).

Para Devlin, não se trataria da mera imposição da vontade da maioria, mas da utilização de um critério que tome como referência o padrão do homem comum, da pessoa

honestas (*rightminded*). A imoralidade seria o que a pessoa honesta considera imoral, e é essa que deve inspirar a criação e aplicação das leis. No caso da homossexualidade, tanto a maioria quanto o homem comum condenavam a prática (Ibid., p. 68). Lopes J., identificou, como fundamento do pensamento de Devlin, “a ideia de que a sociedade é frágil e que os indivíduos não são capazes de se desenvolver autonomamente” (Ibid.). A moral estaria umbilicalmente ligada à tradição, costume, regularidade e conveniência, o que faria com que o desenvolvimento autônomo representasse um risco de esfacelamento social.

Hart se contrapôs ao pensamento de Devlin por meio de dois ensaios, nos quais demonstrou que o conceito de imoralidade, em Devlin, advém de uma atividade intelectual que combina nojo, intolerância e indignação. O ato imoral seria aquilo que gera repugnância no homem comum e isso bastaria para que o direito lhe aplicasse sanções. “Nesses termos, conclui Hart, a moral proposta por Devlin é acrítica, não se baseia em uma discussão racional dos fundamentos da escolha moral, mas na impressão e nos sentimentos” (Ibid.). Hart revelou o erro em que incorreu Devlin ao comparar os atos homossexuais com a traição, pois os primeiros não buscam destruir o governo, mas somente mudar a sociedade. O constante risco do erro das maiorias e de seus representantes torna mandatória a limitação do poder do Estado sobre as vidas individuais, especialmente quando se trata da utilização acrítica de mera repulsa hipotética de um cidadão comum contra práticas de minorias (Ibid., p. 69).

A resposta mais contundente de Hart veio no segundo e mais amplo ensaio por ele escrito (1963), no qual conclui que o princípio central para resolver a questão é a perversidade da miséria, do sofrimento humano e da restrição à liberdade. Combater tal mal seria o fundamento original de uma sociedade livre e democrática.

Ronald Dworkin retomou essa leitura de Hart para enfatizar a “controvérsia entre uma moral convencional (segundo a qual as regras morais se fundam em convenções) e uma moral crítica (em que as regras morais devem ser submetidas a certos crivos da razão)” (LOPES J., 2005, p. 69). Dworkin não nega que moralidades históricas possam resultar da aceitação tácita de certas práticas, mas observa que essa existência de fato não equivale à sua justificação ou fundamentação. Segundo leitura de Lopes J., fazem-se muitas coisas sem perguntar o porquê, mas se for demandada uma justificativa, a resposta moral não pode ser “porque sempre se fez assim”, ou “porque todos fazem assim”. Nesse sentido, Lopes J., sintetizou os parâmetros criados por Dworkin para orientar as opiniões morais:

- os preconceitos não são razões válidas (acreditar que os homossexuais são inferiores porque não realizam atos heterossexuais não se justifica como julgamento moral de superioridade ou inferioridade);
- o sentimento pessoal de nojo ou de repulsa não é razão suficiente para um julgamento moral;
- o julgamento moral baseado em razões de facto, que são falsas ou implausíveis, não é aceitável (por exemplo, é factualmente incorreto dizer que os atos homossexuais debilitam, ou que não há práticas homossexuais na natureza – ou seja, em outras espécies animais sexuadas);
- o julgamento moral baseado nas crenças alheias (“todos sabem que a homossexualidade é um mal”) também não está suficientemente justificado (DWORKIN, 1977, p. 250).

José Reinaldo de Lima Lopes concluiu que “o sistema constitucional – que estatui o tratamento igualitário, o respeito à dignidade da pessoa e à liberdade moral dos cidadãos – é um sistema jurídico com uma agenda moral crítica” (LOPES J., 2005, p. 70). Para que esse sistema não se corrompa em um regime autoritário, tal como ocorreu diversas vezes nos últimos séculos, seria necessário que o direito fosse um antídoto contra eventuais práticas sociais autoritárias. O autor concluiu que a sociedade democrática tem “uma moral, que consiste em estabelecer como princípio a dignidade igual e universal das pessoas, e essa dignidade inclui a liberdade de fazer tudo aquilo que não causa dano a outrem”, o que é justamente o oposto da moral tradicional e excludente apontada por Devlin e por vários dos defensores do não reconhecimento (Ibid).

Lopes J. sustentou que, para que o estado democrático efetive esses princípios com base em uma moral crítica, seria importante que se pautasse por dois tipos de direitos: os direitos de distribuição e os direitos de reconhecimento. Os direitos de distribuição vêm sendo conquistados ao longo da história recente e corresponderiam aos tradicionalmente denominados direitos sociais, cuja função seria desfazer as injustiças estruturais e inevitáveis do sistema de classes presente no capitalismo. Por sua vez, os direitos de reconhecimento consistiriam na afirmação e na valorização positiva de identidades estigmatizadas, apagadas ou excluídas. O autor explicou que “a luta por direitos ao reconhecimento é, de certa forma, também uma luta por distribuição, a distribuição de um bem que só existe e só se produz socialmente: o respeito” (Ibid., p. 84). Somente uma sociedade que propugna pela quebra das hierarquias entre seus indivíduos e pelo combate às distinções, poderia almejar a igual e universal distribuição do respeito.

Lopes J. partiu de algumas premissas fáticas para contemplar a demanda por reconhecimento. Foram elas:

- (a) que existem na sociedade grupos estigmatizados;

- (b) que os estigmas são produtos institucionais e históricos, e não cósmicos;
- (c) que os estigmas podem não ter fundamentos científicos, racionais ou funcionais para a sociedade;
- (d) que as pessoas pertencentes a grupos estigmatizados sofrem a usurpação ou a negativa de um bem imaterial (não mercantil, nem mercantilizável), mas básico: o respeito e o auto-respeito;
- (e) que a manutenção social dos estigmas é, portanto, uma injustiça, provocando desnecessária dor, sofrimento, violência e desrespeito;
- (f) que os membros de uma sociedade, para continuarem pertencendo a ela, têm direito a que lhes sejam retirados os estigmas aviltantes (Ibid., p. 72).

O autor comprovou a existência dos estigmas contra os gays por meio de referência ao trabalho de Herrero Brasas (2001 apud LOPES J., 74-75) em que se expôs, como um exemplo entre vários (alguns dos quais já abordados neste trabalho), um retrato da violência a que são submetidos os homossexuais desde cedo na infância. Segundo o autor, “há uma violência ativa, que todos percebem, e uma passiva ou [...] disfarçada e psicológica” (Ibid.). A violência disfarçada e psicológica se daria por meio de insulto público e de gestos de chacota e de ridicularização, que servem para acossar um determinado grupo social. Faltaria uma forma de proteção contra essa violência social e silenciosa, que é na verdade uma ação simbólica. Tratar-se-ia de um embate que se dá no campo dos discursos, dos símbolos, da cultura de forma geral. “A falta de ação jurídica é um consentimento, uma cumplicidade com essa violência diuturna – uma evidência da ‘denegação de igualdade plena’” (Ibid.).

Para Lopes J., o direito ao reconhecimento teria dois significados distintos: (i) direito à diferença e (ii) direito à retirada de valoração negativa de certa identidade. O primeiro impõe que “nenhuma característica individual seja levada em conta pelo legislador e pelos tribunais para restringir os direitos de alguém, sempre que essa característica não se justifique como diferenciador suficiente” (Ibid., p. 88), o que já foi trabalhado em relação ao princípio da igualdade. O segundo, por sua vez, diria respeito à afirmação positiva das identidades, não bastando que o indivíduo seja tratado com isonomia pelo Estado, se precisa dispender esforços homéricos para provar que é igual aos outros. Trata-se do direito a não ver diferenças particulares desrespeitadas publicamente, seja de um indivíduo e do grupo como um todo (Ibid.).

Não se trata de dar a cada ser humano que se encaixa naquele grupo estigmatizado a oportunidade de simplesmente se desfazer do estigma. Trata-se de desestigmatizar todo o grupo, demonstrando que o estigma está fundado em preconceitos e discriminações inaceitáveis no espaço público democrático (Ibid., 85).

Para perseguir e conquistar o direito ao reconhecimento, segundo Lopes J., deve-se, em primeiro lugar, reconhecê-lo como um e, a partir de então, dispender esforços públicos, estatais e não-estatais, capazes de desconstruir os estigmas. O Judiciário e o Legislativo teriam um papel muito importante nesse ponto. O autor ressaltou que a maioria parlamentar não pode tudo, pelo contrário, o Legislativo teria o dever constitucional de zelar pela igualdade de tratamento. Quanto ao Judiciário, por definição antimajoritário, seria ele o guardião primordial das minorias. E se esse Judiciário negasse direitos de reconhecimento, seguindo a pauta dos que “publicamente afirmam que não se pode condenar os homossexuais, mas que também não se deve estimulá-los” (Ibid., p. 77), não só não cumpriria seu dever constitucional, como, ao contrário, estimularia violências físicas e morais contra o grupo estigmatizado.

José Reinaldo de Lima Lopes acredita que seja necessário, ao mesmo tempo, construir a diferença de forma positiva e desconstruir a desequiparação negativa. A prova de que é possível fazer isso pelo direito estaria na própria história: várias formas de estigmatização já foram eficazmente combatidas pelo direito. Ele citou, como exemplos, os grupos de identidade que se formaram ao longo dos últimos séculos e conseguiram superar os estigmas sociais por meios jurídicos: as mulheres, os negros, os estrangeiros e os deficientes físicos. Esses exemplos, trabalhados mais a fundo pelo autor em seu artigo, levaram-no a concluir que a diferença é um constructo histórico e que o direito não exerce um papel neutro nessa construção: “ao contrário, o direito – os ordenamentos jurídicos – ajuda a naturalizar as diferenças e as desigualdades comuns na cultura. A mudança no direito não apenas se segue às mudanças culturais, mas ajuda a promovê-las”. (Ibid., p. 73).

3.2 Análise e avaliação da fundamentação à luz da teoria de Robert Alexy

Na primeira parte desta seção, foram sintetizados, a partir de sua fonte doutrinária, os principais argumentos jurídicos a que recorreram as partes e os ministros do STF em suas fundamentações. Esta segunda parte toma como guia o ensaio “Igualdade, dignidade, proteção à família e união homoafetiva: o STF sem saída?”, de Alexandre Trivisonno, no qual se encontra uma precisa dissecação da argumentação jurídica presente no acórdão. O marco teórico a que recorreu o autor em seu trabalho também foi a teoria do filósofo do direito Robert Alexy, a qual também foi utilizada como referencial nesta pesquisa, especialmente na análise e na avaliação empreendidas daqui em diante. Algumas observações

complementares às de Trivisonno são feitas à medida que se apresentam os pontos de sua análise. Na sequência, acrescenta-se a maior parte dos pontos ainda não abordados e faz-se uma leitura geral do caso, a partir de uma leitura própria da teoria de Alexy.

Tomando como referência definições epistemológicas feitas por Alexy na obra “Teoria da Argumentação Jurídica” (2005b), Trivisonno optou por adotar dois pontos de vista complementares em sua análise crítica da argumentação adotada pelo STF como fundamentação. O primeiro dos pontos de vista seria o da dogmática jurídica, que caracteriza uma abordagem externa e epistemologicamente abrangente que levaria em consideração não somente o direito positivado e os argumentos jurídicos válidos, mas, também, argumentos extrajurídicos, que são os argumentos práticos gerais e os argumentos empíricos. O segundo ponto de vista seria o da teoria do direito, a qual, de uma perspectiva interna, estaria inserida no plano analítico e metateórico do direito, estudando suas categorias estruturantes, tanto em sua positividade (dimensão factual ou real do direito), como em sua relação com a moral (dimensão ideal do direito). Foi a adoção dessa postura metodológica que permitiu ao autor trabalhar com a inclusão de elementos morais no discurso jurídico, sem, contudo, desconsiderar a validade do direito positivo (TRIVISONNO, 2013, p. 202).

Trivisonno partiu de uma leitura da realidade comum a este trabalho e ao dos demais doutrinadores estudados até aqui. O conceito de família teria passado por uma transformação rápida e intensa, oriunda das mudanças nas relações sociais. O direito sofreu reflexos de tais mudanças e vem se adaptando a muitas delas. Segundo o autor relatou, o julgamento gerou intensa discussão no mundo acadêmico do direito. A decisão teria sido, para muitos, um avanço civilizatório em perfeita sintonia com os princípios mais elevados do constitucionalismo atual, e, para outros, fruto de um ativismo judicial que despreza o teor da Constituição (Ibid.).

Segundo ele bem descreve:

O debate entre apoiadores e críticos do reconhecimento da união estável homoafetiva se polarizou, tendo perdido, antes mesmo do julgamento da questão pelo STF, sua racionalidade: aqueles que eram e/ou são a favor do reconhecimento são taxados “progressistas”, enquanto aqueles que a criticaram e/ou a criticam são considerados “conservadores” (Ibid., p. 202).

Assumir concomitantemente os pontos de vista da dogmática jurídica e da teoria do direito permitiria evitar que o ensaio se tornasse um mero juízo material pessoal sobre a legitimidade do reconhecimento da união estável homoafetiva, como ocorreu com grande parte do debate nacional acerca da questão, o qual teria abandonado padrões mínimos

de racionalidade. Além disso, é importante destacar a ressalva, feita pelo próprio Trivisonno, de que a análise e a crítica realizadas não têm como objetivo resolver a questão ou dar uma solução final e definitiva ao caso, mas, sim, colocar em perspectiva a decisão, agregando novos argumentos e críticas que contribuam positivamente para decisões futuras (Ibid. 203).

3.2.1 Identificação dos principais argumentos do acórdão

Trivisonno observou que, embora a decisão do STF tenha sido tomada por unanimidade em favor da imposição constitucional do reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas, houve divergências entre os ministros quanto à fundamentação e aos efeitos da decisão. O que é destacado expressamente no quinto ponto da ementa:

5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição (BRASIL, 2011b, p. 2337).

A razão da dissidência foi a adesão de alguns ministros à tese principal de Barroso ao passo em que outros aderiram à tese acessória (supra, p. 55-56), as quais são classificadas por Trivisonno como dois argumentos gerais, os quais denomina, respectivamente, (i) argumento de regulamentação positiva e (ii) argumento da lacuna (TRIVISONNO, 2013, p. 205). Renomearemos depois o argumento da regulamentação positiva como argumento da interpretação extensiva, mas, por ora, por didática expositiva, manteremos a denominação de Trivisonno. Antecipa-se que essa distinção é essencial para a solução final defendida por esta pesquisa.

Trivisonno definiu o argumento da regulamentação positiva como aquele que conclui que o conjunto das normas constitucionais já reconhece a união estável entre pessoas do mesmo sexo, ainda que isso não esteja expresso no texto da CF de 1988. Esse argumento teve adesão dos ministros Ayres Britto (relator), Luiz Fux, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa, Marco Aurélio e Celso de Mello (Ibid.).

O argumento da lacuna, por sua vez, partiria do pressuposto de que não é aceitável a aplicação direta dos art. 1.723 do CC e 226, §3º, da CF, às uniões entre pessoas do mesmo sexo, em razão dos limites interpretativos do texto. O silêncio do texto legal

representaria a inexistência de norma constitucional regulando a matéria, o que seria caso de lacuna a ser preenchida por meio de integração analógica. Os ministros que dissidiram da posição majoritária foram Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso (Ibid.).

Trivisonno dividiu a fundamentação dos dois argumentos gerais em argumentos mais específicos, os quais denominou subargumentos (Ibid.). Entre esses subargumentos, estão os quatro princípios invocados por Barroso em sua sustentação (supra, p. 61-65), além de outros trazidos aos autos pelas partes e pelos ministros. O autor relacionou os argumentos apresentados por cada um dos ministros, separando-os conforme a adesão a uma ou outra tese – primeiramente foram destacados os argumentos em favor do argumento geral da regulamentação e, na sequência, aqueles em favor do argumento geral da lacuna. A referência à paginação dos argumentos no acórdão, exposta abaixo, foi feita a partir de leitura própria e não coincide com a paginação encontrada no ensaio de Trivisonno.

Como bem apontou Trivisonno, os principais subargumentos presentes no voto do Min. Ayres Britto (Relator) são os direitos à: não discriminação em virtude de orientação sexual (BRASIL, 2011b, p. 2081-2082); igualdade (Ibid., p. 2083); liberdade (Ibid., p. 2085 e seg.); intimidade; (Ibid., p. 2090); e proteção à família em sua nova conceituação (Ibid., p. 2094 e seg.). Em seu voto, o Min. Luiz Fux também fez uso dos subargumentos da proteção à família em sua nova conceituação, da igualdade, e da liberdade, e adicionou os subargumentos da vedação de interpretação restritiva (Ibid. p. 2132) e do reconhecimento (Ibid., 2128 e seg.).

A Min. Carmen Lúcia reiterou o subargumento da liberdade (Ibid., p. 2148 e seg.), relacionando-o à dignidade humana. O Min. Joaquim Barbosa também embasou seu voto no argumento da liberdade e adicionou referência à inexistência de regulamentação da matéria, apesar de tramitar projeto de lei de 1994, de autoria da então deputada Marta Suplicy (Ibid., p. 2175). Trivisonno denominou esse argumento omissão legislativa (TRIVISONNO, 2013, p. 207).

O Min. Marco Aurélio reiterou os princípios da proteção da família em sua nova conceituação (BRASIL, 2011b, p. 2265 e seg.), da dignidade (Ibid., p. 2269 e seg.) – nos sentidos estudados supra (p. 65) – e da liberdade (BRASIL, 2011b, p. 2270), e introduziu o subargumento da separação entre direito e moral, recorrendo ao embate entre Hart e Devlin (supra, p. 68 e seg.) para demonstrar como o aprisionamento do direito pela moral coletiva poderia levar a perseguição e injustiça. O Min. Celso de Mello, por sua vez, reforçou os

argumentos da liberdade (BRASIL, 2011b, p. 2285), da não discriminação em virtude de orientação sexual (Ibid., p. 2284 e seg.), da omissão legislativa (Ibid., p. 2296 e 2318 e segs.) e da dignidade (Ibid., 2286 e 2308 e seg.), retirando dele o direito à busca pela felicidade (Ibid., p. 2286 e 2308 e seg.; e TRIVISONNO, 2013, p. 208).

Invertendo a ordem dos votos, Trivisonno relacionou, na sequência, os subargumentos a que recorreram os defensores da tese da lacuna. O Min. Ricardo Lewandowski, ainda que em apoio ao argumento geral da lacuna, lançou mão de alguns dos subargumentos dos defensores da regulamentação positiva. Foram eles os argumentos: da dignidade, da liberdade, da intimidade e da não discriminação em virtude de orientação sexual. A diferença da argumentação residiu em algumas considerações centrais feitas por Lewandowski, segundo as quais, os “Constituintes [...], depois de debaterem o assunto, optaram, inequivocamente pela impossibilidade de abrigar a relação entre pessoas do mesmo sexo no conceito jurídico de união estável” (Ibid., p. 2163). Por essa razão, não faria sentido falar-se em mutação constitucional ou em interpretação extensiva no caso em tela.

Para Lewandowski, a união entre pessoas do mesmo sexo não poderia equivaler à união estável do §3º do art. 226, nem tampouco ao casamento ou à família monoparental, mas a um quarto gênero, que poderia ser deduzido a partir de uma leitura sistêmica da Constituição, e, sobretudo, diante da necessidade de se dar concreção aos princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da preservação da intimidade, e da não discriminação por orientação sexual (Ibid., p. 2164). A união homoafetiva abrange casais de gênero diverso, e já que não há norma amparando-a, “cumpre que se lance mão da integração analógica” (Ibid., p.2165). Nas palavras de Lewandowski:

O que se pretende, ao empregar-se o instrumento metodológico da integração, não é, à evidência, substituir a vontade do constituinte por outra arbitrariamente escolhida, mas apenas, tendo em conta a existência de um vácuo normativo, procurar reger uma realidade social superveniente a essa vontade, ainda que de forma provisória, ou seja, até que o Parlamento lhe dê o adequado tratamento legislativo (Ibid., p. 2169).

O resultado final desse raciocínio, como bem indica Trivisonno, seria que o STF decidisse não por criar “uma união estável homoafetiva, por interpretação extensiva do §3º do art. 226, mas uma união homafetiva estável, mediante um processo de integração analógica” (Ibid., p. 2170). Demonstra-se adiante, por meio de análise própria, que essa solução seria a mais razoável e equilibrada e deveria ter sido adotada pelo STF, ressalvas feitas, em especial à nomenclatura.

Após Lewandowski, veio o curto voto de Joaquim Barbosa e, na sequência, o do Min. Gilmar Mendes. Gilmar Mendes viu com ressalvas a aplicação de interpretação conforme ao art. 1.723 do CC “porque o texto é quase um decalque da norma constitucional e, portanto, não há nenhuma dúvida quanto àquilo que o legislador quis dizer, na linha daquilo que tinha positivado a constituinte” (Ibid., p. 2156). Como indica Trivisonno, Mendes também acusou a inércia do Congresso Nacional e a existência de vários projetos de regulamentação da matéria em trâmite sem aprovação. Reiterou, assim, o argumento da omissão legislativa (Ibid., p. 2181 e seg. e 2221 e seg.), lançado por Barbosa. Também repassou e desenvolveu os argumentos da liberdade (Ibid., p. 2182), da igualdade (Ibid., p. 2182) e da vedação de interpretação restritiva. O argumento central de Mendes, porém, foi novo nos autos e denominado, por Trivisonno, subargumento do autodesenvolvimento. Fundamentou-se no direito de todo indivíduo ao autodesenvolvimento de sua personalidade, foi inspirado no direito alemão e decorre dos princípios da dignidade e da liberdade (Ibid., p. 2182 e 2232 e seg.; e TRIVISONNO, 2013, p. 209). Gilmar concluiu pela existência de uma lacuna voluntária ou axiológica (BRASIL, 2011b, p. 2185 e 2239 e seg.) a ser integrada por meio de analogia:

Há outros direitos envolvidos, direitos de perfil fundamental associado ao desenvolvimento da personalidade, que justificam e justificariam a criação de um modelo idêntico ou semelhante àquele da união estável para essas relações existentes, com base já no princípio da igualdade, já no princípio da liberdade, já no princípio da não discriminação por razão de opção sexual. Daí decorre, então, um dever de proteção. Mas é preciso dizer isso de uma forma muito clara, sob pena de cairmos num voluntarismo e numa interpretação ablativa; quando nós quisermos, nós interpretamos o texto constitucional de outra maneira. Não se pode atribuir esse arbítrio a Corte, sob pena de nos deslegitimarmos (Ibid.).

Por fim, também a favor do argumento geral da lacuna, o Min. Cezar Peluso adotou, como subargumento principal, a proteção da família em sua nova conceituação, embasando seu voto nos princípios da dignidade, da igualdade e da não discriminação (Ibid., p. 2325; e TRIVISONNO, 2013, p. 209).

Destaca-se que Trivisonno não considerou o princípio da segurança jurídica apresentado por Barroso, reafirmado pelas iniciais das ações constitucionais e recebido pelo Min. Relator Ayres Britto em seu voto porque o considerou, na verdade, um argumento contrário ao reconhecimento. Pelo menos até a decisão, não haveria dúvida substancial sobre a interpretação do texto legal, o que seria evidenciado pela jurisprudência dominante. Isso porque “o princípio da segurança jurídica determina, entre outras coisas, que as regras postas devem ser seguidas” (TRIVISONNO, 2013, p. 227). A regra posta seria inequívoca em sua

restrição do regime jurídico da união estável à relação “entre o homem e a mulher”. O princípio da segurança jurídica, ao contrário do que defende Barroso, é utilizado, por Trivisonno, para resolver o caso como colidente ao princípio da igualdade em uma ponderação em sentido estrito, como se verá adiante.

3.2.2 A análise crítica dos argumentos feita por Alexandre Trivisonno

A partir da identificação e da relação dos argumentos de cada ministro, Trivisonno encontrou onze subargumentos principais, dos quais seis foram utilizados em favor de ambos os argumentos gerais: igualdade, liberdade, intimidade, vedação da interpretação restritiva, omissão legislativa e dignidade; quatro foram utilizados exclusivamente para fundamentar o argumento geral da regulamentação positiva: não discriminação em virtude de orientação sexual, proteção à família em sua nova conceituação, reconhecimento e separação entre direito e moral; e apenas um em favor do argumento geral da lacuna: o subargumento do autodesenvolvimento, apresentado pelo Min. Gilmar Mendes.

Trivisonno fez uma breve análise desses argumentos, relacionando-os e avaliando sua importância na fundamentação da decisão. Ressalta-se que os principais argumentos – igualdade, liberdade, dignidade, separação entre direito e moral e reconhecimento, tal como suas variantes – já foram aprofundados por meio da análise dos argumentos de Barroso (supra, p. 61-64).

O argumento da não discriminação em virtude de orientação sexual, para Trivisonno, embasar-se-ia principalmente no art. 3º, IV, da CF: “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (BRASIL, 1988) e no argumento da igualdade. Ressaltou-se que é próprio texto constitucional traz a discriminação (art. 226, §3º), o que faria com que a aplicação plena do argumento levasse ao entendimento de que a regra é inconstitucional, ainda que por omissão (TRIVISONNO, 2013, p. 214).

Trivisonno observou que, neste ponto, houve uma confusão no debate popular, jornalístico e jurídico sobre a questão em pauta no STF: “o não reconhecimento da união homoafetiva foi igualado não só à proibição da livre opção sexual como também à aceitação da prática de atos discriminatórios contra determinadas opções sexuais, inclusive atos de

violência física” (TRIVISONNO, 2013, p. 213). O autor admitiu que o não reconhecimento da união homoafetiva fosse uma forma de discriminação, mas não se poderia confundi-la com outras violações muito mais graves, cometidas no passado ou existentes em outros países do mundo, mas que já foram superadas pelo ordenamento jurídico brasileiro. Concorde-se com essa observação, que pode ser comprovada por trecho do voto do Min. Relator Ayres Britto: "Pena de se consagrar uma liberdade homoafetiva pela metade ou condenada a encontros tão ocasionais quanto clandestinos ou subterrâneos" (BRASIL, 2011b, p. 2101).

Nesse mesmo sentido, Trivisonno também criticou a recorrência ao argumento da intimidade, o qual seria de pouca utilidade, pois o reconhecimento da união estável homoafetiva em nada afetaria o direito à privacidade dos companheiros, somente significaria o reconhecimento formal do Estado.

Quanto ao argumento da liberdade, Trivisonno criticou a falácia a que recorreriam muitos dos ministros em suas fundamentações, referindo-se à máxima segundo a qual aquilo que não é proibido é permitido, quando propugnavam, na verdade, pela imposição daquilo que não é proibido como obrigatório. “Pode-se muito bem permitir uma união sem, contudo, regulamentá-la. O não reconhecimento pode violar outras normas, mas não o princípio da liberdade, sobretudo do modo como compreendido pelos ministros do STF” (TRIVISONNO, 2013, p. 214).

Em análise do argumento da proteção à família em sua nova conceituação, já aprofundado supra (p. 57-60), Trivisonno apontou como problema central justamente a textualidade do art. 226, § 3º, que expressamente menciona a união entre o homem e a mulher, excluindo, por opção do constituinte originário – o que se demonstra adiante –, a união estável entre pessoas do mesmo sexo. O argumento da proteção à família perderia sua força porque a questão central proposta ao STF foi justamente se a Constituição incluiu ou não a união estável homoafetiva no conceito de família (TRIVISONNO, 2013, p. 215).

Em suma, **demonstrar que houve evolução de valores na sociedade é indispensável para que ocorra uma mutação constitucional, mas não basta existir uma nova realidade discursiva para que se conclua em favor da mutação.** Dessa forma, o argumento é importante para suscitar a proposta, mas não para decidir em favor dela, é preciso recorrer a outros argumentos mais decisivos.

Trivisonno criticou contundentemente o argumento da vedação de interpretação restritiva, pois seria caso de interpretação declarativa e não restritiva. Recorreu,

nesse sentido, à classificação de Francesco Ferrara (2002, p. 40-44), segundo a qual haveria três formas de classificação da interpretação: extensiva, declarativa e restritiva. A extensiva equivaleria a concluir que “a lei disse menos do que queria dizer”; a declarativa, “a lei disse exatamente o que queria dizer”; e a restritiva, “a lei disse mais do que queria dizer”. No caso da interpretação do art. 226, § 3º, que expressamente define a união estável como aquela “entre o homem e a mulher”, não haveria dúvidas de que mesmo a interpretação que não reconheça a união homoafetiva não pode ser restritiva, mas, necessariamente, declarativa. Trivisonno afirmou que seria uma interpretação restritiva do texto referido, por exemplo, a conclusão de que a união estável entre homem e mulher é reconhecida apenas quando ambos são brasileiros natos (TRIVISONNO, 2013, p. 215-216).

Na visão de Trivisonno, o argumento do reconhecimento, também aprofundado supra (p. 68-71), partiria da noção de que o Estado não poderia negar direitos às minorias em virtude do fato de serem minorias. O autor apontou, entretanto, para o fato de que não são definidos, sob esse argumento, quais direitos específicos estão sendo reivindicados. No caso da reivindicação de reconhecimento da união homoafetiva como união estável, por exemplo, a conclusão decorreria, de maneira muito mais direta, do argumento da igualdade, tendo o argumento do reconhecimento importância apenas periférica (TRIVISONNO, 2013, p. 216).

O Min. Marco Aurélio recorreu ao argumento da separação entre o direito e moral fazendo referência ao debate entre Devlin e Hart (supra, p. 68-69). Segundo o ministro: “o Direito absolutamente submetido à moral prestou serviços à perseguição e à injustiça, como demonstram episódios da Idade Média, quando uma religião específica capturou o discurso jurídico para se manter hegemônica” (BRASIL, 2011b, p. 2262). Foi também nesse sentido, que Barroso afirmou que “a ordem jurídica em um Estado democrático não deve ser capturada por concepções particulares, sejam religiosas, políticas ou morais” (BARROSO, 2007, p. 6). Trivisonno indicou a distinção entre moralidade positiva e moralidade ideal como forma de criticar o argumento. “O que Marco Aurélio critica é a vinculação do direito a uma determinada moralidade positiva, à moral da maioria do grupo, e não à moralidade ideal” (TRIVISONNO, 2013, p. 216). Segundo Trivisonno e Alexy (2005b e 2009), a vinculação do direito a uma moralidade ideal seria, na verdade, imprescindível para que os ministros pudessem coerentemente defender a possibilidade de reconhecimento da união estável homoafetiva. Trivisonno sustentou que o argumento da separação entre o direito e a moralidade positiva, teria caráter apenas negativo, permitindo concluir que a constituição não proíbe a união estável entre pessoas do mesmo sexo. Entretanto, não se poderia concluir, a

partir desse argumento, que a união estável homoafetiva já é reconhecida pela Constituição (TRIVISONNO, 2013, p. 216-217).

Trivisonno corretamente avaliou que o argumento da omissão legislativa tampouco possui validade por si só, mas que tem importância complementar a outros argumentos principais. Há duas hipóteses de leitura da invocação desse direito ao caso concreto: (i) o legislador não positivou o reconhecimento da união estável homoafetiva, mas há uma imposição moral de que o faça; e (ii) existe norma constitucional positivada que impõe o reconhecimento da união homoafetiva, mas o legislador não regulamentou o direito positivado. Na primeira hipótese tratar-se-ia de omissão do Poder Constituinte (originário e derivado e, na segunda, de omissão do Poder Legislativo constituído). Trivisonno entendeu que a fundamentação dos votos dos ministros, por coerência, teria lançado mão da segunda leitura. Seria evidente que o argumento depende da comprovação de existência de norma constitucional que imponha o reconhecimento (TRIVISONNO, 2013, p. 217).

Segundo o Min. Marco Aurélio, “o princípio da dignidade da pessoa humana ostenta a qualidade de fundamento maior da República” (BRASIL, 2011b, p. 2269). O estudo do argumento foi aprofundado na exposição de Barroso supra (p. 65). Para Trivisonno, porém, ele possui uma fraqueza decorrente de seu caráter muito indeterminado. Para o autor, o argumento decorreria da máxima kantiana de tratamento do indivíduo como fim em si mesmo, e não como meio. Não reconhecer a união homoafetiva, entretanto, defendeu Trivisonno, não significa necessariamente tratá-las como meio, a menos que se demonstrasse não haver justificativa razoável para a distinção jurídica. Essa seria uma fundamentação típica do argumento da igualdade. Por essa razão, nesse caso específico, entre a dignidade e a igualdade, Trivisonno dá maior importância ao princípio da igualdade.

Gilmar Mendes afirmou que o princípio do “desenvolvimento da personalidade [tem] base já no princípio da igualdade, já no princípio da liberdade, já no princípio da não discriminação por razão de opção sexual” (BRASIL, 2011b, p. 2196). Trivisonno recorre a essa observação para eximir-se de analisá-lo independentemente, incluindo-o indiretamente na análise mais detalhada do argumento que considera determinante para a tese defendida pelos ministros: o princípio da igualdade.

Para Trivisonno, portanto, “apenas [...] o subargumento da igualdade justifica o reconhecimento”. Os demais subargumentos relevantes seriam apenas complementares ao da

igualdade e poderiam ser analisados indiretamente por meio dele. O enfoque maior dado pelo autor, portanto, recaiu sobre esse princípio.

O subargumento da igualdade a que recorrem, direta ou indiretamente, praticamente todos os ministros, foi aprofundado supra a partir do artigo de Barroso (p. 61-64). Trivisonno destacou que o princípio é extraído do caput do art. 5º da CF, segundo o qual, “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade” (BRASIL, 2015b). Aduzir-se-ia, da norma, que ninguém pode ser discriminado em virtude de orientação sexual, o que deixa clara a íntima relação entre o subargumento da igualdade e o da não discriminação em virtude de opção sexual (TRIVISONNO, 2013, p. 224).

Relembra-se que mesmo Barroso e outros defensores do reconhecimento das uniões homoafetivas admitem que existam situações e fatos que ensejam distinções válidas. O que o princípio da isonomia impõe é que isso só ocorra quando o fundamento da desequiparação for razoável e o fim a que se destina legítimo (BARROSO, 2007, p. 15). Partindo desse mesmo pressuposto, Trivisonno com razão identificou, na aplicação do princípio da igualdade ao caso, o ponto fulcral de toda a discussão: saber se a distinção presente no art. 226, §3º, tem fundamento válido ou não. Trivisonno reconheceu a força do argumento da igualdade e ponderou-o face aos argumentos da especialidade e da segurança jurídica. Por fim, o autor destacou a centralidade do argumento da igualdade para a defesa do argumento geral da lacuna e de sua integração por meio da analogia.

3.2.2.1 Interpretações possíveis e integração de lacuna por analogia

Trivisonno retomou o texto constitucional do qual se extrai a regra em questão:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento (BRASIL, 2015b).

A partir do texto, seriam apenas três as alternativas hermenêuticas:

(i) Apenas a união estável entre homem e mulher é reconhecida, **sendo vedado o reconhecimento de qualquer outro tipo de união**. Nesse caso, o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo seria vedado ou proibido.

(ii) A união **estável é reconhecida**, não só entre homem e mulher, **mas também entre pessoas do mesmo sexo**. Nesse caso o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo seria obrigatório ou imposto.

(iii) Apenas a união estável entre homem e mulher é reconhecida, **não sendo vedado, porém, o reconhecimento de qualquer outro tipo de união**. Nesse caso, o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo, mas a Constituição ainda não o consagraria, ou seja, o reconhecimento seria permitido (TRIVISONNO, 2013, p. 210, grifos do autor).

O autor enfatizou que, caso se opte pela primeira alternativa, ou seja, entenda-se que a constituição proíbe o reconhecimento de qualquer outro tipo de união estável que não entre “o homem e a mulher”, é imprescindível emenda à Constituição para reconhecer a união entre pessoas do mesmo sexo. Caso se adote a segunda alternativa, segundo a qual o reconhecimento da união estável homoafetiva é ordenado pela CF, basta a declaração do STF para que a lei ordinária obrigatoriamente seja interpretada em conformidade com a imposição constitucional. Por último, sustentar que a Constituição não veda a possibilidade jurídica de reconhecimento, mas que esse também não preexiste na normativa constitucional leva a concluir que é meramente permitido constitucionalmente e que o reconhecimento pode vir a ser produzido pelo legislador por meio de lei infraconstitucional (Ibid., p. 211).

Trivisonno rejeitou de plano a primeira alternativa, a interpretação proibitiva. Primeiramente, em razão da máxima segundo a qual: aquilo que não é positivamente proibido é negativamente permitido (referência à norma geral exclusiva de Bobbio, 1999, p. 132-139). “Interpretar o texto de modo que ele signifique a vedação ao reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo seria distorcer seu teor” (TRIVISONNO, 2013, p. 212). Para o autor, não é possível aduzir do trecho “é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher” o sentido semântico: “a união entre pessoas do mesmo sexo é vedada”. Vários dos argumentos substanciais trazidos durante o processo reforçariam essa posição, especialmente o de vedação da interpretação restritiva, o de não discriminação em função do sexo e o princípio da igualdade. Nenhum ministro teria aderido a essa interpretação em seu voto.

Os ministros tampouco teriam aderido à terceira alternativa de interpretação, segundo a qual a Constituição não impõe nem proíbe o reconhecimento da união homoafetiva, apenas a permite, por meio de regulamentação negativa. Essa solução, para Trivisonno, não se confunde com a integração de lacuna por analogia, pois, “se uma conduta é regulamentada negativamente, ela é negativamente permitida e não se pode falar em integração” (Ibid., p. 220). É essa a interpretação que Trivisonno adotou como solução para o caso, mas antes de fundamentá-la, ele trabalhou com profundidade a alternativa que, segundo ele, teria orientado a decisão dos ministros.

Trivisonno demonstrou que todos os ministros do STF teriam aderido à segunda posição, referente à interpretação impositiva, inclusive os que defenderam a tese da lacuna. Segundo o autor, o argumento da lacuna foi utilizado para contornar o problema de se considerar inconstitucional uma norma que praticamente reproduz o texto constitucional. O próprio Min. Gilmar Mendes se declarou, algumas vezes no curso do julgamento, preocupado com a questão:

Desde o começo, eu fiquei preocupado com essa disposição, [...] o texto da lei civil reproduz aquilo que consta do texto constitucional.

[...]

Eu cheguei a pensar que era um tipo de construto meramente intelectual-processual que levava os autores a propor a ação, uma vez que o texto, em princípio, reproduzindo a Constituição, não comportaria esse modelo de interpretação conforme. Ele não se destina a disciplinar outra instituição que não fosse a união estável entre homem e mulher, na linha do que estava no texto constitucional. Daí não ter polissemia, daí não ter outro entendimento que não aquele constante do texto constitucional.

[...]

O texto, em si mesmo, não é excludente da possibilidade de reconhecer [a união estável entre pessoas do mesmo sexo], mas não com base no texto, nem com base na norma constitucional, mas com base em outros princípios (BRASIL, 2011b, p. 2156).

Para Trivisonno, essa estratégia falha porque não haveria diferença substancial entre o argumento da lacuna e o da regulamentação positiva. Ambos os argumentos gerais adotados pelos ministros chegam necessariamente ao mesmo resultado, que é a interpretação impositiva. No argumento da regulamentação positiva isso está claro e o aparte do Min. Ayres Britto durante o voto do Min. Gilmar Mendes não deixaria espaço para dúvidas:

Pelo meu voto e dos que me seguiram não há lacuna e, portanto, não há necessidade de colmatação. Nós demos um tipo de interpretação superadora de literalidade, apontando que a própria Constituição contém elementos interpretativos que habilitam esse julgamento do Supremo a concluir pela paridade de situações jurídicas (Ibid., p. 2187).

Trivisonno comprovou que também o argumento da lacuna resulta no reconhecimento mandatório da união homoafetiva pelas normas constitucionais. Segundo o autor, apesar da falsa impressão que a ideia de lacuna a ser integrada por analogia pode transmitir, não se trata de regulamentação negativa, mas, sim, de regulamentação positiva (TRIVISONNO, 2013, p. 218). Segundo ensinou Luís Roberto Barroso:

Divulga o conhecimento convencional que não existem lacunas no Direito, mas apenas na lei. A omissão, lacuna ou silêncio da lei consiste na falta de regra jurídica positiva para regular determinado caso. A ordem jurídica, todavia, tem uma pretensão de completude, e não se concebe a existência de nenhuma situação juridicamente relevante que não encontre uma solução

dentro do sistema. O processo de preenchimento de eventuais vazios normativos recebe o nome de integração (BARROSO, 2007, p. 27).

Trivisonno equiparou os dois argumentos gerais adotados pelos ministros do STF, inclusive os divergentes, com base na constatação de que ambos, em verdade, se pautam pela regulamentação positiva: “em ambos os casos se trata de saber o que a Constituição determina, e, em ambos os casos, a Constituição determina que a união estável entre as pessoas do mesmo sexo já é reconhecida” (TRIVISONNO, 2013, p. 222). **Segundo o autor, proceder assim, avaliando as teses conjuntamente, seria correto porque a diferença entre as duas posições, tal como a diferença entre interpretação extensiva e analogia, seria uma diferença de difícil verificação em casos concretos e, o que seria ainda pior, parece-lhe uma distinção arbitrária.** Discorda-se dessa equiparação, feita por Trivisonno, entre o que seriam a tese principal e a tese acessória de Barroso. Fundamenta-se a discordância e os efeitos dela resultantes na parte final desta seção, especialmente porque dela extrai-se a conclusão deste trabalho.

Demonstraram Trivisonno, Alexy (2005b, p. 170) e Bobbio (1999, p. 150-156) que o recurso da analogia é bastante simples e se trata da aplicação, a uma hipótese ainda não prevista pelo ordenamento, de norma que se aplica a uma hipótese já prevista e semelhante à primeira em todos os aspectos que importam à norma. O principal, quando se faz uso de analogia, é demonstrar a semelhança fática entre os casos, o já previsto e o ainda não previsto. Trivisonno apontou certeira que são especialmente preciosos, dentre os subargumentos identificados no acórdão, o da igualdade e o da omissão legislativa, pois a questão crucial, para decidir um caso por analogia, seria justamente provar que os casos são iguais no que é relevante, embora o legislador não tenha percebido (TRIVISONNO, 2013, p. 219).

No caso estudado, o subargumento da igualdade estaria no centro da aplicação, por analogia, do §3º do art. 226 da CF à união entre pessoas do mesmo sexo, como demonstrou Trivisonno por meio da seguinte esquematização do argumento (Ibid., p. 119):

- (a) a Constituição reconhece a união estável entre homens e mulheres;
- (b) a união estável entre pessoas do mesmo sexo é semelhante à união estável entre homens e mulheres;
- (c) a união estável entre pessoas do mesmo sexo é reconhecida pela Constituição (por analogia).

Para Trivisonno, o argumento chave para compreender a questão seria o da não discriminação em virtude de orientação sexual. “No caso da união homoafetiva não há nada que justifique o tratamento diferenciado. Não há uma diferença relevante entre uniões de pessoas do mesmo sexo e uniões de pessoas de sexo diferente. Casos iguais devem ser

tratados de forma igual” (Ibid., p. 220). Esse raciocínio permitiria àqueles que defendem a integração por analogia concluírem que, mesmo que o legislador não tenha incluído expressamente no regime da união estável a união homoafetiva, ela deve ser reconhecida como tal (Ibid.).

Mesmo que reconhecendo os dois casos como inegavelmente análogos, Trivisonno afirmou que, tanto para se decidir pela possibilidade de reconhecimento da união homoafetiva, como para definir a forma pela qual isso deve ser feito – integração analógica de lacuna ou regulamentação positiva –, é crucial verificar se (i) é possível a Constituição regulamentar positivamente algo que ela literalmente não regula, por decisão expressa do constituinte originário; e (ii) se é possível integrar a Constituição por meio de analogia. A partir dessa verificação, seria possível optar por uma das duas soluções. O que o autor fez na sequência.

3.2.2.2 Possíveis alternativas de decisão e sua avaliação

Conforme se viu, Trivisonno excluiu a possibilidade de se interpretar que a Constituição proíbe a união estável homoafetiva. Assim, segundo ele, a pergunta que restaria responder é se a Constituição obriga ou apenas permite seu reconhecimento. Trivisonno entendeu (supra, p. 84) que todos os ministros do STF adotaram a posição segundo a qual a CF impõe o reconhecimento, partindo de uma interpretação sistêmica pautada, sobretudo, pelo princípio da igualdade. Ele destacou o maior problema dessa solução: seria imprescindível admitir que o §3º do art. 226 da CF é inconstitucional por omissão. Já a posição da mera permissão, à qual aderiu Trivisonno, não teria esse problema, pois partiria do pressuposto de que a união homoafetiva não foi nem vedada e nem imposta pela CF, preservando a constitucionalidade dos dispositivos da constituição e do código civil que regulamentam a união estável. Para fundamentar sua posição, Trivisonno apresentou uma análise crítica dos dois principais argumentos que poderiam viabilizar a tese do reconhecimento mandatório: a hierarquia das normas constitucionais e a ponderação de princípios; e, em seguida, justificou sua adesão à tese da regulamentação negativa.

Trivisonno também apontou, como um terceiro argumento, a tese da injustiça extrema trabalhada por Alexy, a partir da teoria de Gustav Radbruch, conhecido como fórmula de Radbruch. O autor, entretanto, afastou a possibilidade de sua aplicação por constatar que seria claramente irrazoável a tentativa de demonstrar que a omissão normativa

acerca da união homoafetiva é extremamente injusta. Pode-se tomar como justificativa para essa consideração as observações de Trivisonno quanto ao argumento da não discriminação em virtude de orientação sexual e a diferenciação entre os diferentes graus de afetação dos direitos dos homossexuais (supra, p. 78-79). Por essa razão, dedica-se, neste trabalho, maior atenção às outras duas análises.

3.2.2.2.1 A hierarquia entre normas constitucionais

Alexandre Trivisonno relembrou que, a favor da tese de que a CF já consagra a união estável entre pessoas do mesmo sexo, estão dois argumentos fortes, o da igualdade e o da não discriminação em virtude de orientação sexual. Entretanto, para ele, dois argumentos igualmente fortes se contraporiam àqueles: o argumento da especialidade e o argumento da segurança jurídica. Segundo Bobbio (1999, p. 95-97), o argumento da especialidade determina que norma especial prevaleça sobre norma geral. Seria geral o princípio da igualdade, complementado pelo argumento da não discriminação em virtude orientação sexual, disposto no art. 5º da CF, e específica a regra do art. 226, §3º (TRIVISONNO, 2013, p. 224).

Seria possível tentar superar o argumento da especialidade por meio do reconhecimento da existência de uma hierarquia entre as normas Constitucionais. Segundo essa construção, alguns princípios teriam posição superior dentro do texto constitucional e, se uma norma de escalão inferior viola uma norma constitucional mais elevada, ela é inconstitucional. Isso acontece, por exemplo, no direito alemão, conforme demonstrado por Alexy em referência à decisão do Tribunal Constitucional Federal do caso Lüth, (ALEXY, 2008, p. 154 e 158-163). Se uma hierarquia de normas constitucionais fosse adotada, o conflito passaria a ser entre uma norma geral superior – a determinação do art. 5º de que todos são iguais – e uma especial inferior – a regra do art. 226, §3º (Ibid).

Trivisonno apontou dois problemas com relação a essa solução: (i) norma superior geral não necessariamente prevalece sobre norma inferior especial (BOBBIO, 1999, p. 108-110) e (ii) existe jurisprudência firme do STF contrária à hierarquização de normas constitucionais, conforme notório precedente do Min. Moreira Alves, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 815-3 (BRASIL, 1996, p. 312, 323-326), em que o STF deixou claro não admitir a ideia de normas constitucionais (originárias) inconstitucionais:

A tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras é impossível com o sistema de Constituição rígida. - Na atual Carta Magna "compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição" (artigo 102, "caput"), o que implica dizer que essa jurisdição lhe é atribuída para impedir que se desrespeite a Constituição como um todo, e não para, com relação a ela, exercer o papel de fiscal do Poder Constituinte originário, a fim de verificar se este teria, ou não, violado os princípios de direito suprapositivo que ele próprio havia incluído no texto da mesma Constituição. - Por outro lado, as cláusulas pétreas não podem ser invocadas para sustentação da tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais inferiores em face de normas constitucionais superiores, porquanto a Constituição as prevê apenas como limites ao Poder Constituinte derivado ao rever ou ao emendar a Constituição elaborada pelo Poder Constituinte originário, e não como abrangendo normas cuja observância se impõe ao próprio Poder Constituinte originário com relação as outras que não sejam consideradas como cláusulas pétreas, e, portanto, possam ser emendadas. Ação não conhecida por impossibilidade jurídica do pedido (BRASIL, 1996, p. 312).

Apesar de reconhecer o entendimento jurisprudencial contundentemente contrário estabelecido por Moreira Alves, segundo o qual, não faria sentido a distinção entre leis constitucionais em sentido material e em sentido formal, Trivisonno acredita que tal solução não seria de todo incompatível com a teoria constitucional e tampouco dependeria de uma crença em um direito suprapositivo, bastando que se fundamentasse a hierarquia em normas positivadas constitucionalmente. Na Constituição brasileira, seria plausível interpretarem-se como superiores os direitos fundamentais elencados expressamente ou, pelo menos, aqueles a que a própria carta atribui inalterabilidade por emenda constitucional. Note-se que isso tampouco resolveria o problema, pois, na CF brasileira, quase todas as questões têm reflexo em direitos fundamentais, como, no caso em tela, acontece com a colisão entre princípio da igualdade e princípio do respeito à segurança jurídica, ao procedimento democrático e às regras postas (TRIVISONNO, 2013, p. 225-226).

O autor concluiu que, apesar de a solução da declaração de inconstitucionalidade de norma constitucional não garantir uma fundamentação inatacável ao reconhecimento da união estável homoafetiva, ela pelo menos abriria a possibilidade, cuja confirmação dependeria da demonstração, pelo STF, em sua motivação, de que há argumentos suficientes para permitir que se decline da aplicação da regra expressa no art. 226, §3º, da CF.

3.2.2.2.2 Ponderação: princípio da igualdade e princípio do respeito às regras postas

Outra forma de solucionar o caso seria, conforme detalhou Trivisonno, tratar o conflito entre o art. 226 e o caput do art. 5º como uma colisão entre dois princípios constitucionais, ambos expressos no próprio art. 5º: a igualdade e a segurança jurídica. Não reconhecer a união estável homoafetiva violaria o princípio da igualdade, ao passo que reconhecê-la violaria o princípio da segurança jurídica. Trivisonno explicou muito bem a aplicação da teoria de Alexy nesse ponto. O princípio da segurança jurídica seria afetado porque representa a máxima de que as regras postas devem ser seguidas (Ibid., p. 226).

Alexy é ainda mais eloquente nesse sentido, quando afirma que levar a sério o texto constitucional é parte do postulado da vinculação à Constituição e que, dessa noção, decorreria a primazia do nível das regras (este ponto é retomado adiante em análise própria):

Regra de precedência - o nível das regras tem primazia em face do nível dos princípios, a não ser que as razões para outras determinações que não aquelas definidas no nível das regras sejam tão fortes que também o princípio da vinculação ao teor literal da Constituição possa ser afastado. A questão da força dessas razões é objeto da argumentação constitucional (ALEXY, 2008, p. 141).

Feitas as constatações acima, Trivisonno partiu para a aplicação do método de Alexy em caso de colisão entre princípios, o qual é denominado ponderação ou sopesamento. Como ensinou Alexy (2008, p. 116-120), a ponderação consiste na análise das possibilidades fáticas e jurídicas de uma decisão em caso de colisão entre princípios. Alexy instruiu a aplicarem-se, primeiramente, as máximas parciais da adequação e da necessidade para excluir, de antemão, os meios que sejam faticamente inadequados ou mais gravosos para atenderem à solução que os princípios colidentes requerem.

Trivisonno concluiu que o exame da adequação não resolve a questão, pois reconhecer união estável homoafetiva é meio eficaz para a efetivação da demanda por igualdade apresentada e não a reconhecer afronta o princípio. Tampouco a aferição da necessidade solucionaria o caso de antemão, pois as únicas alternativas que restaram neste ponto, segundo Trivisonno, seriam reconhecê-la ou negá-la.

Passou-se então para a ponderação em sentido estrito, que seria, conforme a teoria de Alexy, uma análise das possibilidades jurídicas que envolvem a questão a ser decidida. Trivisonno explicou bem do que se trata a ponderação em sentido estrito. Segundo ele, seria a fase na qual é verificado “o grau da lesão a cada um dos princípios colidentes,

optando-se pela solução menos gravosa”⁸. A solução ótima é aquela que afeta em menor grau um dos princípios ao mesmo tempo em que satisfaz em maior grau o outro, admitindo-se que os princípios colidentes têm o mesmo peso abstrato (o que, a menos que se reveja a jurisprudência do STF em favor da tese da hierarquia entre normas constitucionais, é sempre um pressuposto válido no direito constitucional brasileiro). Se a máxima parcial da necessidade preza pela eliminação do meio faticamente mais gravoso, a máxima parcial da ponderação em sentido estrito faz o mesmo em relação aos meios juridicamente mais gravosos.

Trivisonno optou por uma classificação triádica (ALEXY, 2008, p. 595-611), por meio da qual o autor dividiu os graus de afetação em três conceitos amplos e intuitivos: leve, médio e grave. O autor ilustrou detalhadamente que, havendo dois princípios colidentes e duas soluções possíveis, como é o caso, e estabelecidos três possíveis graus de lesão para cada um deles, obtém-se necessariamente nove as configurações viáveis de enquadramento das alternativas de decisão do caso concreto, passando por: afetações leves, médias ou graves a ambos os princípios simultaneamente; por afetações leves e graves a cada um deles alternadamente; ou médias e graves a cada um deles também alternadamente (TRIVISONNO, 2013, p. 228-229). Duas dessas nove configurações, por exemplo, seriam: (1) sustentar que o não reconhecimento da união estável homoafetiva viola gravemente o mandamento do princípio da igualdade, ao passo que o reconhecimento viola gravemente o princípio da segurança jurídica; e (2) sustentar que o não reconhecimento da união estável homoafetiva viola gravemente o mandamento do princípio da igualdade, ao passo que o reconhecimento viola levemente o princípio da segurança jurídica. A partir da demonstração argumentativa de que se trata de uma ou outra situação jurídica, tomar-se-ia a decisão mais adequada, ou seja, menos gravosa.

Segundo a leitura que fez do caso concreto, Trivisonno concluiu que reconhecer a união estável homoafetiva constituiria “uma violação grave ao princípio da segurança jurídica, pois há, no caso, o desrespeito a uma regra constitucional expressa” (Ibid., p. 229); ao passo que não reconhecer a união estável homoafetiva constituiria uma violação média do mandamento do princípio da igualdade porque não se trataria de proibir a união homoafetiva (o que certamente seria uma violação grave), mas de não reconhecê-la

⁸ Aconselha-se àqueles ainda não familiarizados com a obra de Robert Alexy, que vejam a explicação do autor a respeito da ponderação (ALEXY, 2008, p. 163-175, especialmente 167-170).

juridicamente. A partir desse entendimento, a melhor solução para o caso seria, do ponto de vista do autor, o não reconhecimento da união estável homoafetiva, pois dar curso a uma violação grave à segurança jurídica para evitar uma violação média do princípio da igualdade seria uma solução mais gravosa (Ibid.).

Trivisonno reconheceu que pode haver entendimentos diversos do seu e que esse é provavelmente o caso quanto à leitura que os ministros fizeram em seus votos. Segundo ele, poder-se-ia “defender, com boas razões, que a violação ao princípio da igualdade, é uma violação grave [e não média], ou que a violação ao princípio da segurança jurídica é uma violação média [e não grave]” (Ibid., p. 229-230). Ambas as alternativas de leitura apontadas resultariam em um empate quanto ao grau de afetação dos princípios, ou seja, a máxima parcial da proporcionalidade, em sentido estrito, não bastaria para resolver a questão. O STF teria então que decidir em favor de um dos dois princípios, o que, em síntese, poderia gerar dois resultados (Ibid., 230):

1. A lesão à segurança jurídica é mais grave que a lesão à igualdade, devendo a interpretação impositiva ser abandonada.
2. A lesão à segurança jurídica e a lesão à igualdade se equivalem. Nesse caso, a interpretação impositiva **pode ser** adotada (2.1) ou não (2.2).

O autor entendeu que ambas as hipóteses são defensáveis, e isso é importante, pois antecipa uma característica do sopesamento retomada adiante: que é a de que ele, por si só, não resolve o caso, sua decisão é sempre aberta às circunstâncias concretas e aos valores jurídicos determinados pelos juízes com base no direito positivado. É por essa razão, que o ensaio de Trivisonno, reitera-se, destinou-se não à afirmação certa de uma única resposta aceitável, mas, sim, à exposição das alternativas viáveis e dos pressupostos e efeitos a elas inerentes. Feita essa observação, Trivisonno declarou sua preferência pela primeira das duas hipóteses (Ibid., 230).

Trivisonno corretamente indicou que a solução 2.1, que decide o impasse em favor do princípio da igualdade, também necessariamente estabelece hierarquia entre normas constitucionais. Para Trivisonno, um primeiro olhar descuidado poderia concluir que não há hierarquia, pois se respeitou o pressuposto de que os princípios colidentes (igualdade e segurança jurídica) possuem o mesmo peso abstrato. Entretanto, segundo a teoria de Alexy, toda ponderação entre princípios obtém como resultado uma regra para o caso concreto. Segundo ele, decidir pela solução 2.1 seria determinar uma prevalência dessa regra face à regra do §3º, art. 226, da CF. A superioridade de uma em relação à outra resultaria,

necessariamente, na invalidação ao menos parcial da segunda – o que é o mesmo que declarar sua inconstitucionalidade, ao menos parcial. Trivisonno dá destaque a essa conclusão:

Portanto, o caso, como o aqui analisado, de prevalência de uma regra que é resultado de ponderação de dois princípios constitucionais positivos sobre uma regra que é resultado da ponderação de dois princípios constitucionais positivos sobre uma regra constitucional positiva (como a do §3º do art. 226) implicaria superioridade hierárquica dos princípios dos quais decorre a primeira regra sobre a segunda regra (a regra constitucional positiva)! (Ibid. 230-231).

O autor rechaçou eventuais críticas de que, em razão dessa hierarquia, a ideia de ponderação de princípios formulada por Alexy impediria o controle de constitucionalidade. Afirmou Trivisonno que, pelo contrário, é justamente esse sopesamento e a regra dele resultante que garantem o controle de constitucionalidade, pois, normalmente, significa “que a regra produzida pelo legislador ordinário destoa da regra que resulta da ponderação de dois princípios constitucionais” (Ibid., p. 130). E concluiu: “O problema do caso que examinamos [...] é que a norma que entra em choque com a regra que resulta da ponderação é uma norma constitucional!” (Ibid.).

3.2.2.3 Conclusão de Trivisonno

A partir da análise crítica feita, Trivisonno concluiu que a violação ao princípio da igualdade em razão do não reconhecimento da união estável homoafetiva é menos grave do que a violação ao princípio da segurança jurídica em razão de seu reconhecimento. Isso levaria a decidir, necessariamente, em favor da interpretação permissiva, segundo a qual a Constituição permitiria o reconhecimento, mas não o teria imposto ou vedado. Bastaria, portanto, uma lei ordinária para constituir o regime jurídico das uniões estáveis homoafetivas, sendo dispensável emenda constitucional. Trivisonno reconheceu que essa solução não teria grande apelo popular porque a Corte se limitaria a “constatar o que determina a Constituição, frustrando uma expectativa de justiça” (Ibid., p. 233). A Constituição seria, portanto, no mínimo omissa e trataria de forma diferente um determinado grupo de pessoas, sem justificativa plausível para isso (Ibid., p. 232-233).

A alternativa, adotada pelo STF, efetivamente sanou a injustiça material constatada. Entretanto, conforme se viu, para que se chegasse a essa conclusão, afirmou-se, ainda que não declaradamente, a hierarquia entre normas constitucionais. “Não há como defender a interpretação impositiva sem defender que o §3º do art. 226 é inconstitucional”

(Ibid.). Trivisonno demonstrou que, de fato, a defesa da hierarquia torna racionalmente possível tal decisão, mas não a garante, pois permanece a necessidade de cumprir com a carga de argumentação imposta ao afastamento da aplicação de regra constitucional em caso para o qual foi designada. A falha técnica mais grave residiria no não reconhecimento dessa necessidade pelo STF e no não cumprimento das demandas racionais da argumentação jurídica para chegar à decisão que tomou. Deveria ter reconhecido o problema jurídico como de fato era e enfrentando a dinâmica constitucional (termo utilizado por Trivisonno para definir a questão das normas constitucionais inconstitucionais e da hierarquia). “Mas a contradizer abertamente ou pelo menos a rever sua doutrina sobre a inconstitucionalidade das normas constitucionais preferiu o tribunal afirmar, de forma simplista, que a Constituição já reconhece a união estável homoafetiva”. Trivisonno apontou corretamente que o tribunal recorreu, em nome de uma concepção própria de justiça material, a um atalho e perdeu a oportunidade de iniciar um debate que é de extrema importância (Ibid. p. 233-234).

A Constituição consagrou regra que de fato diferencia sujeitos heterossexuais dos que possuem inclinação homoafetiva, e só se poderia corrigir tal discrepância por meio do enfrentamento aberto à regra, passando pela questão da dinâmica constitucional. Para Trivisonno, não proceder assim caracteriza omissão e ativismo injustificado.

A Corte pretende ter tirado da Constituição algo que não está lá, mas que, na verdade, se localiza no clamor da sociedade civil organizada por igualdade, em um senso ou uma intuição de justiça. Ao fazê-lo atuou a Corte, de **forma injustificada**, como legislador positivo, abrindo assim espaço para uma crítica a sua posição (Ibid., 234, grifos do original).

Trivisonno reconheceu que, como bem afirma o Min. Gilmar Mendes, a escolha era drástica, face à importância da questão e ao dilema jurídico constitucional. Entretanto, apesar de haver boas razões substanciais em favor da posição adotada pelo STF, foi um equívoco dos ministros resumir o problema ao risco de se configurar a decisão como ativismo judicial. Para o autor, o problema principal foi o não enfrentamento da questão da dinâmica constitucional. Esse não enfrentamento transformou o ativismo expressamente admitido e almejado pelos ministros em ativismo injustificado.

Trivisonno concluiu, assim, que, embora meritória do ponto de vista material, a decisão é extremamente problemática do ponto de vista técnico. “A fim de justificar o reconhecimento da união estável homoafetiva, o STF, do modo como fez, adotou argumentos que são inconsistentes tanto com conceitos e teorias já consolidadas no plano da ciência do

direito quanto com sua própria doutrina” (Ibid., p. 203). Trivisonno destacou o pano de fundo político do dilema diante do qual o STF se encontrava:

[...] ou reconhecia a união entre pessoas do mesmo sexo, adotando assim uma posição progressista, pagando porém o preço da incoerência, ou negava o referido reconhecimento, mantendo a referida coerência, pagando assim um preço muito alto: ser considerado um tribunal conservador (Ibid.).

3.2.3 Análise crítica final da argumentação que fundamenta a decisão do STF

Até aqui, foram analisados, nesta seção, todos os argumentos mais relevantes presentes na argumentação apresentada no julgamento do caso estudado. Estudou-se de forma mais profunda os argumentos trazidos pelo atual Min. Luís Roberto Barroso, que foram os argumentos que prevaleceram na decisão do STF. Complementou-se a tese de Barroso com a excelente contribuição teórica de José Reinaldo de Lima Lopes ao debate, especialmente quanto ao aprofundamento da demanda por reconhecimento dos grupos estigmatizados. O sistemático e coerente ensaio de Alexandre Trivisonno, por sua vez, calçou-se como uma luva ao trabalho empreendido, guiando a análise das vastas fundamentações presentes nos autos das ações constitucionais.

A perscrutadora sistematização de Trivisonno serviu como uma verdadeira bússola no desbravamento das mais de 2.300 páginas do processo, passando pelas petições iniciais da ADPF e da ADI, pelas manifestações das Assembleias Legislativas de todos os Estados, do Senado Federal, da Câmara dos Deputados, da AGU e da PGR, da Presidência da República, de todos os *amici curiae*, e dos ministros do STF, por meio de seus votos. Além disso, o ensaio e demais trabalhos do professor serviram como referência madura de leitura da teoria de Robert Alexy e de sua aplicação a um caso concreto. Não seria possível chegar às conclusões a seguir sem as lições de Trivisonno e a exímia dissecação dos argumentos por ele realizada.

Soma-se todo esse arcabouço argumentativo e teórico à leitura da realidade presente na primeira seção desta dissertação. A partir desses dois pilares, um fático e um teórico, elaboram-se as contribuições analíticas e críticas deste trabalho quanto à fundamentação racional (jurídica e moral) presentes no caso estudado. Para fins didáticos, dividem-se os seguintes tópicos: (1) o conceito de direitos como posições jurídicas e os direitos como competência; (2) prevalência abstrata dos argumentos genético e semântico sobre os demais (os cânones interpretativos ainda são ferramentas hermenêuticas legítimas?);

(3) fundamentação, a partir da teoria de Alexy, da regra de que um princípio formal não embasado em princípios materiais substanciais perde força considerável; (4) implicações jurídicas da decisão – casamento e adoção; (5) Ponderação em sentido estrito, interpretação extensiva e analogia (6) as quatro alternativas de solução para o caso – análise crítica; e (7) algumas pertinentes críticas à teoria e as respostas de Robert Alexy.

Como se pode deduzir da leitura do roteiro traçado acima, os tópicos partem de observações mais pontuais e específicas, para, na medida em que avança do primeiro ao último ponto, concatenar argumentos fáticos e jurídicos em elaborações argumentativas mais abrangentes, permitindo chegar a conclusões cada vez mais gerais sobre as alternativas de decisão e a avaliação que se faz de cada uma delas.

Espera-se, com esta parte do trabalho, prestar uma efetiva contribuição ao debate, seja por meio da apresentação de uma nova perspectiva do caso concreto e de uma leitura amadurecida pelos trabalhos anteriores da doutrina, seja por meio de uma demonstração de aplicação da teoria de Robert Alexy a um caso concreto a partir de uma leitura própria da obra do autor.

3.2.3.1 Posições jurídicas: os direitos como competência

Para Trivisonno, a partir da leitura do texto do art. 226, §3º, da CF, seriam apenas três as alternativas hermenêuticas:

- (i) Apenas a união estável entre homem e mulher é reconhecida, **sendo vedado o reconhecimento de qualquer outro tipo de união**. Nesse caso, o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo seria vedado ou proibido.
- (ii) A união **estável é reconhecida**, não só entre homem e mulher, **mas também entre pessoas do mesmo sexo**. Nesse caso o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo seria obrigatório ou imposto.
- (iii) Apenas a união estável entre homem e mulher é reconhecida, **não sendo vedado, porém, o reconhecimento de qualquer outro tipo de união**. Nesse caso, o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo, mas a Constituição ainda não o consagraria, ou seja, o reconhecimento seria permitido (TRIVISONNO, 2013, p. 210, grifos do autor).

Trata-se dos três enunciados deônticos básicos, largamente trabalhados pela ciência do direito e pela dogmática jurídica, exemplificados por Alexy quando conceitua os direitos a algo (p. 204-205), destacando os operadores dever, proibição e permissão.

Antecipam-se duas ressalvas: (1) Trivisonno tem razão quanto às alternativas interpretativas que dão azo a decisão, mas elas se referem a uma leitura do sistema normativo constitucional, que inclui a regra do art. 226, §3º, mas não se restringe a ela; e (2) a regra isoladamente não estabelece proibição, dever ou permissão, seu comando é uma competência à realização de atos jurídicos civis. Veja-se, uma vez mais o texto:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
 § 3º Para efeito da proteção do Estado, **é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento** (BRASIL, 2015b, grifos nossos).

O Min. Ayres Britto e vários dos demais, em seus votos, fizeram uso de um dos pressupostos da tese de Barroso (BARROSO, 2007, p. 5): as relações homoafetivas são fatos lícitos, ou seja, permitidos pelo pela Constituição e pelo ordenamento jurídico brasileiro. Britto é particularmente eloquente nesse ponto:

A Constituição brasileira opera por um intencional silêncio. **Que já é um modo de atuar mediante o saque da kelseniana norma geral negativa**, segundo a qual “tudo que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. [...] A Constituição entrega o empírico desempenho [das] funções sexuais ao livre arbítrio de cada pessoa, **pois o silêncio normativo, aqui, atua como absoluto respeito a algo que, nos animais em geral e nos seres humanos em particular, se define como instintivo ou da própria natureza das coisas** (BRASIL, 2011b, p 2086).

De fato, como se comprovou pelos dados do IBGE trazidos pela PGR, pelo menos 60.000 uniões homossexuais de fato existiam no Brasil à época da decisão, e isso apenas dentre aquelas declaradas ao censo de 2010.

A assunção dessas premissas fáticas e jurídicas não deixa dúvidas acerca do direito subjetivo à prática de atos sexuais entre pessoas do mesmo sexo, e nem ao menos à constituição de uniões de fato ou de famílias homoafetivas, qualquer que seja a denominação ou simbolismo que o direito positivo atribua ou não à relação homossexual. Não é necessário um raciocínio elaborado para constatar que o caso da ADPF 132 não trata de permissão, imposição ou proibição da prática da homossexualidade. Trata-se do reconhecimento ou não de uma posição jurídica que, em si mesma, não é nem um direito a algo e nem uma liberdade, mas uma competência de direito privado, uma autorização do Estado para que indivíduos adiram a uma posição jurídica artificial, pois não existiria se não criada pelo direito – competências criam a possibilidade de atos jurídicos (ALEXY, 2008, p. 235 e 240).

Alexy faz⁹ uma divisão tríplice das posições que devem ser designadas como direitos: direitos a algo, liberdades e competências (Ibid., p. 193). Os três conceitos estão intimamente relacionados: mas suas diferenças são importantes para entender bem as nuances jurídicas da decisão. É preciso diferenciar conceitualmente as diversas perspectivas envolvidas para entender todos os níveis argumentativos do caso decidido pelo STF e interpretar corretamente o texto constitucional.

Os direitos a algo consistem nos direitos que um sujeito tem a algo em face de alguém. Alexy divide os direitos a algo em: direitos a ações negativas e direitos a ações positivas. O exemplo que ele dá parte do art. 2º, §1º, 1, da Constituição alemã, segundo o qual “todos têm direito à vida(...)”. Dessa disposição, Alexy retira um direito a ação negativa: “todos têm, em face do Estado, direito a que este não o mate”; e um direito a ação positiva: “todos têm, em face do Estado, um direito a que este proteja sua vida contra intervenções ilegais por parte de terceiros”. Um dos principais direitos à ação negativa em face do Estado é o direito à não-eliminação de posições jurídicas, que embasam a manutenção e a criação das competências civis (Ibid., p. 194-195 e 199).

Para definir a liberdade como posição jurídica, Alexy enfrenta o difícil conceito de liberdade, o qual, segundo ele, “é, ao mesmo tempo, um dos conceitos práticos mais fundamentais e menos claros. Seu âmbito de aplicação parece ser quase ilimitado” (Ibid., p. 218). Alexy aborda o conceito de liberdade jurídica e o fundamenta a partir do conceito de permissão jurídica. À liberdade não corresponde um ter, mas um ser, pois ela é uma qualidade, a qual pode ser atribuída a pessoas, ações ou sociedades. “Quem diz que uma pessoa é livre pressupõe que, para essa pessoa, não existem embaraços, restrições ou resistências de qualquer espécie” (Ibid., p. 219). Para identificar a existência de embaraço à liberdade por meio de um enunciado completo, seria necessário apontar três elementos: “a pessoa que não é livre; o obstáculo a que ela é submetida; e aquilo que esse obstáculo impede ou embaraça” (Ibid., p. 220). Para descrever o próprio conceito de liberdade, por meio de enunciado, Alexy aponta outros três elementos essenciais: “um titular de uma liberdade (ou de uma não-liberdade), um obstáculo à liberdade e um objeto de liberdade” (Ibid.). É possível também designar como livre uma ação ou uma vontade – nesse caso a liberdade se manifestaria como alternativas de ação.

⁹ Utilizam-se verbos no presente em referência às posições teóricas extraídas de Alexy porque se tratam de posições reafirmadas por esta pesquisa, obtidas a partir de uma leitura própria do autor.

Por sua vez, o conceito de direitos como competência refere-se a posições jurídicas, tanto de direito público como de direito privado, que existem apenas na medida em que são reconhecidas pelo direito. “Assim, tanto a celebração de um contrato ou de um casamento quanto a promulgação de uma lei ou a edição de um ato administrativo são o exercício de uma competência”. Conforme o próprio Alexy destaca em leitura de Jellinek, “competências acrescem à capacidade de ação do indivíduo algo que ele por natureza não possui” (JELLINEK, 1905, p. 47 apud ALEXY, 2008). O autor aprofunda ainda mais a noção:

O indivíduo pode manter as relações sexuais que quiser, mas elas convertem-se em casamento somente sob as condições estabelecidas pelo direito objetivo; não importa que disposições foram manifestadas para um caso de morte, elas só se convertem em testamento com base nas previsões legais. Aqui a liberdade natural encontra seus limites. Pois todas as disposições que dizem respeito à validade de atos e de negócios jurídicos estabelecem uma *capacidade jurídica* conferida expressamente pelo ordenamento jurídico. **Essa capacidade encontra-se em nítido contraste em relação àquilo que é simplesmente permitido** (Ibid., grifos nossos).

É importante ressaltar essa última distinção porque ela é o cerne da confusão conceitual que perpassa todo o caso estudado: **diferentemente do que ocorre com uma permissão, a negação da competência não é uma proibição, mas, sim, uma não competência.** Sem o conceito de competência, o ordenamento jurídico ficaria limitado aos enunciados deontológicos básicos (dever, permissão e proibição), o que Alexy diz claramente que impossibilitaria a representação adequada da autonomia privada. “Sem o conceito de competência [...] seria apenas possível descrever as posições de um cidadão como destinatários de deveres, proibições e permissões, mas não como um legislador privado” (ALEXY, 2008, p. 242).

Essas três perspectivas analíticas, a partir das quais Alexy aborda os direitos fundamentais, têm estreita relação entre si. Para o autor, por exemplo, uma expansão das competências dos indivíduos de uma sociedade significa um aumento da sua liberdade jurídica. Por outro lado, existe um direito à não eliminação de posições jurídicas consagradas, como ocorre com as competências, o que significaria uma afetação direta da margem de ação dos indivíduos, ou seja, de sua liberdade negativa (Ibid., 199-200 e 246-247). Não obstante, cada uma dessas nuances das posições jurídicas apresenta aspectos próprios que permitem embasar algumas observações feitas daqui em diante.

A relevância dessa reflexão para o caso concreto é dupla: (1) ajuda a interpretar com clareza e precisão o texto da regra do art. 226, §3º, distinguindo entre o

comando do sistema constitucional que o STF busca encontrar para solucionar o caso e o comando insofismável da regra do §3º, art. 226; e (2) permite destacar o direito à não-eliminação de posições jurídicas como um elemento relevante para a determinação do grau de afetação do princípio da igualdade e, por conseguinte, para a realização da ponderação em sentido estrito (questão analisada à frente).

No julgamento da ADPF 132, podem-se encontrar, nos votos dos ministros, ou nas iniciais das ações constitucionais, que foram inspiradas no artigo de Barroso, as seguintes formulações: (i) os homossexuais têm um direito, em face do Estado, de que sejam reconhecidas suas uniões afetivas de fato como uniões estáveis; e (ii) para resguardar a integridade dos âmbitos de realização dos indivíduos homossexuais, seria indispensável reconhecer-se uma norma implícita na constituição que lhes resguarda a liberdade de constituírem uniões estáveis e gera uma obrigação do Estado em realizar a ação positiva de regulamentar a matéria.

Na primeira formulação, que remete ao conceito de posição jurídica como direito a algo, ficam claras as opções interpretativas apontadas por Trivisonno. É justamente essa a questão central enfrentada pelo STF. Entretanto, é importante destacar que ela é extraída, como bem identificou Trivisonno, de uma leitura sistêmica e principiológica da Constituição, e não de uma leitura isolada do art. 226, §3º. Perquirir a existência do direito a algo, nesse caso, do direito dos homossexuais ao reconhecimento da união estável homoafetiva, é justamente a questão central lançada ao STF, que toma a interpretação do art. 226, §3º, como um ponto importante entre vários. Em essência a questão é aquela formulada por Trivisonno, a CF permite, comanda ou proíbe que seus intérpretes institucionais reconheçam a União Homoafetiva?

Na segunda formulação, o não reconhecimento geraria, segundo as argumentações analisadas, uma interferência injustificada no espectro da liberdade pessoal dos indivíduos homossexuais. Trivisonno acerta ao identificar uma confusão quanto a isso e distingue o não reconhecimento formal de um ato jurídico da proibição de uma conduta, sendo muito mais grave a segunda hipótese. No universo dos fatos, os homossexuais teriam direito a manifestar sua relação de todas as maneiras possíveis, afinal, viu-se que foi superado o terrível passado jurídico em que era condenada a sodomia e a pederastia (o que evidentemente não equivale a dizer que essa superação seja o bastante). À época da ADPF 132, entretanto, o cerne do problema era a inexistência da competência jurídica para realizar uniões estáveis homoafetivas. Eliminar o §3º do art. 226 não bastaria para reconhecer a união

homoafetiva, porque competências civis, como as entidades familiares reconhecidas juridicamente, dependem da regulamentação legal do regime jurídico, mesmo que feita pelo Judiciário, como se acabou fazendo.

Alexy dá especial atenção ao fato de que a margem de ação do indivíduo é expandida por meio do reconhecimento de competências, ao passo que o seu não reconhecimento ou sua eliminação é um obstáculo especialmente eficaz à liberdade. Até porque, “a liberdade jurídica de realizar um ato jurídico pressupõe necessariamente a competência para fazê-lo” (Ibid., 246). Porém, o direito à não eliminação de posições jurídicas (ou ao seu reconhecimento) é, segundo Alexy, um direito a algo (Ibid., p. 199). Por essa razão, é inexorável concluir que a segunda formulação assume uma forma equivalente à da primeira. Também se trata, portanto, de uma averiguação de imposição, proibição ou permissão de reconhecimento, tomado como referência o sistema constitucional, e não apenas a interpretação da regra do §3º do art. 226 da CF.

Por sua vez, o conceito de posições jurídicas como competência não foi utilizado pelas argumentações presentes nos autos para interpretar as normas em questão. Partindo do conceito apresentado, a regra constante do §3º do art. 226 da CF tratar-se-ia de uma competência. O dispositivo traz uma clara designação do que o constituinte originário regulamentou como regime jurídico das uniões estáveis, especificando, no texto constitucional, apenas um requisito: ser “entre o homem e a mulher”. No Código Civil, sim, estabelecem-se outros requisitos além desse: “Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na *convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família*” (BRASIL, 2015^a, grifos nossos).

Essa consideração é de especial importância para a interpretação semântica da regra constitucional central para o caso. Trivisonno estava correto em indagar se a Constituição determina, em relação ao reconhecimento, um dever, uma proibição ou uma permissão. O detalhe que se aponta, porém, é que esse comando seria uma regra implícita do sistema, e não uma interpretação isolada do disposto no art. 226, §3º. A regra desse dispositivo é clara e estabelece uma competência.

3.2.3.2 A regra posta pelo Constituinte originário – limites interpretativos do art. 226, §3º, da CF

Os cânones interpretativos têm suscitado muitas disputas ao longo da história e têm sido bastante criticados pela hermenêutica contemporânea. Alexy os traz na teoria da argumentação jurídica, como parte da justificação externa (ALEXY, 2005b, p. 239-244). A justificação interna consiste na verificação de que a decisão se segue logicamente das premissas expostas como fundamentação, enquanto a justificação externa busca demonstrar a correção de tais premissas (ALEXY, 2005, p. 217). Para ele, os cânones interpretativos concatenam esquemas de enunciados de forma determinada e caracterizam a estrutura do ordenamento jurídico. Pode-se recorrer a eles com os objetivos de: (i) determinar a escolha de uma determinada interpretação com base em regras de uso da linguagem, (ii) resolver conflitos de normas, (iii) reduzir o campo de aplicação de normas ou, ainda, (iv) fundamentar normas que não podem ser deduzidas da lei (Ibid.).

Tradicionalmente, há duas correntes teóricas principais que propõem soluções para a questão. Alexy as denomina: teoria subjetiva e teoria objetiva. A primeira delas prioriza a vontade do legislador e a segunda os argumentos teleológico-objetivos – trata-se da exaustivamente estudada discussão acerca da prevalência da *voluntas legislatoris* ou da *voluntas legis*. Alexy agrupa os cânones em seis grupos: os da interpretação semântica (uso da linguagem – filologia, lógica e gramática), genética (vontade do legislador), histórica (aprendizado com o passado – história, sociologia, economia, moral e direito), comparativa (outros ordenamentos e sociedades), sistemática (sistema normativo – valores, princípios e regras) e teleológica (fins e objetivos) (Ibid., p. 229-239). Alexy destaca a estreita proximidade entre as interpretações semântica e genética e entre a sistemática e a teleológica.

Bernardo Gonçalves Fernandes sintetizou a resistência contemporânea aos cânones: “como não se pode afirmar uma prioridade hierárquica de nenhuma dessas abordagens sobre as demais [...] o entendimento doutrinário se firmou no sentido de que a escolha ficaria a cargo da liberdade do juiz” (FERNANDES, 2010, p. 32). Para o autor, seria curioso que uma leitura reducionista da teoria da interpretação do Direito e das normas ainda persista nos manuais de Direito Constitucional. Seria inaceitável reduzir a interpretação à mera aplicação de um instrumental que levaria o intérprete do direito a descobrir o sentido e o alcance das normas e desvelar o significado dos conceitos jurídicos (Ibid.).

Para Fernandes, especialmente meritória na evolução da hermenêutica foi a superação da vinculação interpretativa “à vontade de um suposto criador” (Ibid., p. 33). A vontade do legislador teria preponderado no paradigma do Estado Liberal e a vontade da lei teria preponderado no paradigma do Estado Social. “Com o giro hermenêutico, fica claro que a obra é muito maior que seu criador (legislador) e o ato de interpretação (por um intérprete) depende de seu horizonte histórico, horizonte esse no qual o intérprete está situado à luz, portanto, de suas pré-compreensões” (Ibid.). Por essa razão, com menção a Gadamer, Fernandes defendeu que a interpretação de uma norma não pode ser limitada à vontade de quem a fez – “a obra vai muito além de seu autor” (Ibid.). A interpretação seria feita conjuntamente por meio de uma fusão de horizontes entre o texto e seu intérprete. Os métodos seriam viciados desde sua escolha, seja a busca pela vontade do legislador ou pela finalidade da norma. “Sabemos então que não há método neutro e ahistórico que ache ou descubra o fim da lei ou mesmo seu bem comum” (Ibid.).

Que fique claro: não se está defendendo aqui um regresso hermenêutico e nem a obra de Alexy aponta nessa direção. Sustenta-se, sim, que há utilidade para argumentos fundados na estrutura e método dos cânones, mesmo que se parta do paradigma hermenêutico mais atual. As palavras têm sentido e a abertura semântica do texto tem limites. Bernardo Gonçalves os reconheceu, por exemplo, na interpretação conforme a Constituição. Segundo ele, a interpretação conforme, que claramente teria como objetivo a conservação de uma norma no ordenamento, por meio da exclusão daquelas interpretações que são incompatíveis com a normativa constitucional, “tem limites, na medida em que o intérprete não pode contrariar o sentido literal da lei. Assim, segundo a corrente majoritária, o STF não poderia atuar como legislador positivo, mas sim, como um legislador negativo”. Essa observação tem tudo a ver com o caso estudado e deixa clara, por exemplo, a imprescindibilidade do argumento semântico. Gilmar Mendes, em seu voto, fundamentou essa visão:

Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, porém, a interpretação conforme à Constituição conhece limites. Eles resultam tanto da expressão literal da lei, quanto da chamada *vontade do legislador*. A interpretação conforme à Constituição, por isso, apenas é admissível se não configurar violência contra a expressão literal do texto e se não alterar o significado do texto normativo, com mudança radical da própria concepção original do legislador¹⁰.

¹⁰ ADIn 2405-RS, Rel. Min. Carlos Britto, DJ 17.02.2006; ADIn 1344-ES, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 19.04.2006; RP 1417-DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 15.04.1988; ADIn 3046-SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 28.05.2004.

A prática demonstra que o Tribunal não confere maior significado à chamada intenção do legislador, ou evita investigá-la, se a interpretação conforme à Constituição se mostra possível dentro dos limites da expressão literal do texto¹¹ (BRASIL, 2011b, p. 2205-2206).

Em casos como o que se está analisando, que tratam de pleito de interpretação conforme de grande complexidade (do art. 1.723 do CC), é indispensável recorrer-se aos cânones interpretativos. Não obstante, está correto Bernardo Gonçalves Fernandes em sua observação e não se pode deixar de levar em consideração os avanços hermenêuticos das últimas décadas.

Pelo contrário, os ensinamentos de Fernandes também servem como norte para este trabalho, por meio do qual se pretende demonstrar que a aplicação escorreita da teoria de Alexy, na verdade, reduz os vícios e as distorções da ausência de parâmetros e se harmoniza com o paradigma hermenêutico atual melhor do que algumas argumentações supostamente de vanguarda presentes nos autos do julgamento da ADPF 132.

Muitos têm interpretado, ainda que não explicitamente, as ressalvas da hermenêutica constitucional aos cânones interpretativos, em especial à prevalência da vontade do legislador do período liberal, como uma exclusão quase absoluta desse argumento como parâmetro interpretativo válido. Prova disso é que, no caso analisado, em que a interpretação semântica da norma era ponto fulcral para a decisão, apenas a Min. Carmen Lúcia, dentre os que aderiram à posição majoritária, criticou abertamente uma importante distorção interpretativa perpetrada por Barroso. Essa distorção foi efetivamente aceita pelos demais e consagrada na ementa do acórdão. Apenas o Min. Lewandowski trouxe aos autos a interpretação genética, por meio da transcrição de um raro momento em que o constituinte originário não deixa dúvidas do desígnio que imprimiu à regra constitucional.

E qual a distorção interpretativa de Barroso? Cita-se abaixo, ressaltando-se a importância da transcrição de todo o trecho:

É certo, por outro lado, que **a referência a *homem e mulher* não traduz uma vedação da extensão do mesmo regime às relações homoafetivas. Nem o teor do preceito nem o sistema constitucional como um todo contêm indicação nessa direção.** Extrair desse preceito tal consequência seria desvirtuar a sua natureza: a de uma norma de *inclusão*. **De fato, ela foi introduzida na Constituição para superar a discriminação que, historicamente, incidira sobre as relações entre homem e mulher que não decorressem do casamento.** Não se deve interpretar uma regra

¹¹ Rp. 1.454, Rel. Min. Octavio Gallotti, RTJ, 125:997; Rp. 1.389, Rel. Min. Oscar Corrêa, RTJ, 126:514; Rp. 1.399, Rel. Min. Aldir Passarinho, DJ, 9 set. 1988.

constitucional contrariando os princípios constitucionais e os fins que a justificaram.

Insista-se, para que não haja margem a dúvida: **não tem pertinência a invocação do argumento de que o emprego da expressão “união estável entre o homem e a mulher” importa, a contrario sensu, em proibição à extensão do mesmo regime a uma outra hipótese. Tal norma foi o ponto culminante de uma longa evolução que levou à equiparação entre companheira e esposa.** Nela não se pode vislumbrar uma restrição – e uma restrição preconceituosa – de direito. Seria como condenar alguém com base na lei de anistia. O Código Civil, por sua vez, contém apenas uma norma de reprodução, na parte em que se refere a homem e mulher, e não uma norma de exclusão. Exclusão que, de resto, seria inconstitucional (BARROSO, 2007, p. 27, grifos nossos).

Tal interpretação teve efeitos decisivos e pautou grande parte dos votos dos ministros, inclusive do Min. Relator Ayres Britto. Cita-se parte do voto do ministro e ressalta-se a importância da ginástica argumentativa que ele faz com o artigo 4º para se convencer do argumento, mas que acaba revelando uma grande contradição do argumento elaborado por Barroso:

Até 1962 a mulher era juridicamente categorizada como relativamente incapaz, para os atos da vida civil, nos termos da redação original do art. 6º do Código Civil de 1916. Tanto é assim que o §4º do art. 226 determina "Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher".

[...]

Só e só, pois esse combate mais eficaz ao preconceito que teimosamente persiste para inferiorizar a mulher perante o homem é uma espécie de briga particular ou bandeira de luta que a nossa Constituição desfralda numa outra esfera de arejamento mental da vida brasileira, nada tendo a ver com a dicotomia da heteroafetividade e da homoafetividade. Logo, que não se faça uso da letra do Constituição para matar o seu espírito, no fluxo de uma postura Interpretativa que faz ressuscitar o mencionado caput do art. 175 da Const. de 1967/69. **Não se pode fazer rolar a cabeça do artigo 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro, pois esse tipo acanhado ou reducionista de interpretação jurídica seria o modo mais eficaz de tornar a Constituição eficaz** (BRASIL, 2011b, p. 2103-2104, grifos do original).

Ora, Britto menciona expressamente o §4º (atual §5º) do art. 226, cuja única função é impor a igualdade hierárquica e a horizontalidade na relação entre homem e mulher. A finalidade da inclusão dos termos “o homem e a mulher” no §3º seria, então, redundante com o único propósito de existência do §4º? É importante demonstrar como a Min. Carmen Lúcia rechaçou o argumento, sendo voz solitária entre os que seguiram o relator, e parecendo se dirigir diretamente à exposição de Barroso:

Contrariamente ao que foi afirmado na tribuna, não é exato que a referência à mulher, no par. 3o do art. 226 da Constituição, pretendesse significar a superação de anterior estado de diferenciação inferiorizante

de cada uma de nós. O histórico das discussões na Assembleia Constituinte demonstram que assim não foi (Ibid., p. 2151, grifos nossos).

Lewandowski não deixou dúvidas de que o que alegou Carmen Lúcia é verdadeiro, e que o argumento de Barroso não passou de prestidigitação hermenêutica:

Nas discussões travadas na Assembleia Constituinte a questão do gênero na união estável foi amplamente debatida, **quando se votou o dispositivo em tela, concluindo-se, de modo insofismável, que a união estável abrange, única e exclusivamente, pessoas do sexo distinto**. Confira-se abaixo:

“O SR. CONSTITUINTE GASTONE RIGHI: - Finalmente a emenda do constituinte Roberto Augusto. É o art. 225 (sic), §3º. Este parágrafo prevê: ‘Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento’. Tem-se prestado a amplos comentários jocosos, seja pela imprensa, seja pela televisão, **com manifestação inclusive de grupos gaysés do País, porque com a ausência do artigo poder-se-ia estar entendendo que a união poderia ser feita, inclusive, entre pessoas do mesmo sexo**. Isto foi divulgado, por noticiário de televisão, no showástico, nas revistas e jornais. O bispo Roberto Augusto, autor deste parágrafo, teve a preocupação de deixar bem definido, e se no §: Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável **entre o homem e a mulher** como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”. **Claro que nunca foi outro o desiderato desta Assembléia, mas, para se evitar toda e qualquer malévolos interpretação deste austero texto constitucional, recomendo a V. Exa. que me permitam aprovar pelo menos uma emenda.**

O SR. CONSTITUINTE ROBERTO FREIRE: - Isso é coação moral irresistível.

O SR. PRESIDENTE (ULYSSES GUIMARÃES): - Concedo a palavra ao relator.

O SR. CONSTITUINTE GERSON PERES: - A Inglaterra já casa homem com homem há muito tempo.

O SR. RELATOR (BERNARDO CABRAL): - Sr. Presidente, estou de acordo.

O SR. PRESIDENTE (ULYSSES GUIMARÃES): - Todos os que estiverem de acordo permaneçam como estão. (Pausa). **Aprovada (Palmas)**.

Os constituintes, como se vê, depois de debaterem o assunto, optaram, inequivocamente, pela impossibilidade de se abrigar a relação entre pessoas do mesmo sexo no conceito jurídico de união estável (Ibid., p. 2161-2163, grifos nossos).

As consequências dessa distorção foram as mais impactantes possíveis, pois a interpretação equivocada que falseou a história jurídica e constitucional por detrás da regra foi expressamente incluída na ementa da decisão:

UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEM RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado

intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico (BRASIL, 2011b, p. 2336).

A partir das valiosas observações de Bernardo Gonçalves Fernandes, constata-se, com precisão, como podem ser utilizados os métodos interpretativos de forma viciada para fundamentar artificialmente uma vontade subjetiva do intérprete. Nesse caso, entretanto, não foi a vontade do legislador a origem da deturpação hermenêutica, mas a suposta história por traz da construção normativa falaciosa apresentada. O atual ministro do STF, Luís Roberto Barroso, é um ícone do constitucionalismo brasileiro de vanguarda e, para demonstrar sua adesão ao paradigma hermenêutico a partir do qual são frequentemente lançadas críticas aos cânones interpretativos, sustentou expressamente em seu artigo:

Há um dever ético do intérprete de declinar a sua pré-concepção a propósito da matéria que está sendo interpretada, o que significa dizer, explicitar o seu ponto de observação e os valores e fatores que influenciam sua argumentação. Tal atitude de honestidade intelectual e transparência permite a compreensão correta da fundamentação adotada, bem como o controle e a crítica do processo interpretativo. Nessa linha, cabe declinar, ao início, que o presente estudo se funda nas seguintes visões de mundo (BARROSO, 2007, p. 5).

Essa visão parece estar em harmonia com a corrente do novo constitucionalismo, à qual adere Barroso (2009b), e em sintonia com o paradigma hermenêutico atual (retoma-se essa análise na última seção do trabalho). Não impede o atual ministro, porém, de perpetrar, como verdadeiro engodo discursivo, aplicação viciada de argumento interpretativo histórico-teleológico como centro de sua tese principal, a qual, o que é ainda pior, efetivamente determinou a decisão do STF em um dos casos mais importantes julgados pela corte.

Desde a primeira publicação da “Teoria da Argumentação Jurídica”, em 1976, Alexy observou que a teoria do discurso não é capaz de criar um catálogo que estabeleça graus de prioridade entre os cânones, mas pode contribuir para a discussão e indicar um modo de utilização racional das formas de argumentos. Alexy, no entanto, adota a regra de que os argumentos que expressam vinculação ao direito vigente têm, a princípio, maior peso. Isso é: a menos que se apresentem boas razões em contrário, devem prevalecer os argumentos

semânticos ou genéticos. Ou ainda: na dúvida, a vinculação ao direito deve ter preferência. Essa regra é reduzida pelo próprio autor por meio da formulação: “Os argumentos que expressam uma vinculação ao teor literal da lei ou à vontade do legislador histórico prevalecem sobre outros argumentos, a não ser que se possam apresentar motivos racionais que deem prioridade a outros argumentos” (ALEXY, 2005b, p. 242). A essência dessa regra é a mesma do princípio da observância às regras postas, aprofundado adiante, e advém da prevalência da competência do legislador democraticamente legitimado frente ao paradoxo da democracia¹². As disposições jurisprudenciais quanto à interpretação conforme parecem ir ao encontro dessa regra alexyana.

Feitas essas observações, elabora-se o argumento semântico que orienta toda a análise crítica construída a seguir. Retomando uma vez mais o texto da regra central para o caso:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
 § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento (BRASIL, 2015b).

Admite-se que não há um fechamento semântico hermético e absoluto no texto, como, por exemplo, haveria se fosse: “*somente* é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar”. Foi com base nessa abertura semântica que Trivisonno afirma que bastaria que o legislador regulamentasse a matéria por lei ordinária; e que Barroso, a PGR e alguns ministros sustentaram que o texto não traz vedação a uniões estáveis homoafetivas.

Barroso defendeu que:

O constituinte não exercitou um *silêncio eloqüente*, mas deixou o tema aberto à evolução dos costumes e do Direito. Por ora cuidou-se apenas de destacar que as relações entre pessoas do mesmo sexo apresentam os requisitos apontados por toda a doutrina contemporânea como essenciais para a caracterização de entidade familiar, que consistem na afetividade e na comunhão de vida. (BARROSO, 2007, p. 26, grifos nossos).

No mesmo sentido, a PGR:

¹² É um problema inevitável e permanente o da divisão de competências entre o legislador, detentor de legitimação democrática direta, e o tribunal constitucional, indiretamente legitimado – representação puramente argumentativa (ALEXY, 2005a, p. 578). Nesse sentido, os direitos fundamentais, por garantirem o procedimento democrático, expressam uma confiança em sua racionalidade; mas também que essa confiança não é ilimitada.

Esta ausência de referência não significa silêncio eloquente da Constituição. O fato de que o texto omitiu qualquer alusão à união entre pessoas do mesmo sexo não implica, necessariamente, que a Constituição não assegure o seu reconhecimento (BRASIL, 2011b, p. 877, grifos nossos).

Barroso complementou seu argumento semântico com o argumento histórico, sistêmico e teleológico (claramente desconstruído pelos Min. Carmen Lúcia e Lewandowski):

Insista-se, para que não haja margem a dúvida: não tem pertinência a invocação do argumento de que o emprego da expressão “união estável entre o homem e a mulher” importa, a contrario sensu, em proibição à extensão do mesmo regime a uma outra hipótese. Tal norma foi o ponto culminante de uma longa evolução que levou à equiparação entre companheira e esposa (BARROSO, 2007, p. 26).

O Min. Ayres Britto e vários entre os demais, em seus votos, fizeram uso de um dos pressupostos da tese de Barroso (BARROSO, 2007, p. 5): as relações homoafetivas são fatos lícitos, ou seja, permitidos pelo pela Constituição e pelo ordenamento jurídico brasileiro. Britto foi particularmente eloquente nesse ponto:

[...] o silêncio normativo, aqui, atua como absoluto respeito a algo que, nos animais em geral e nos seres humanos em particular, se define como instintivo ou da própria natureza das coisas (BRASIL, 2011b, p 2086).

Entretanto, como os anais da Constituinte deixam evidente, o legislador não somente criou a competência especificando a restrição, como apresentou emenda para acrescentar os artigos “o” e “a” aos substantivos “homem” e “mulher” para garantir que não seria distorcida a interpretação do texto. **O que se defende aqui é que raramente na história da jurisprudência brasileira se encontraram silêncios tão eloquentes quanto esse, que clara e expressamente designa a opção do legislador.** Nesse sentido, retomando os conceitos estudados acima, destaca-se que, nas regras de competência, especificações possuem uma forte conotação de restrições. O desígnio normativo do texto é insofismável: a regra de competência exclui expressamente a possibilidade de uniões homoafetivas serem abarcadas pelo regime jurídico das uniões estáveis. Regras de competência, portanto, parecem forjadas para produzirem silêncios eloquentes. Conclui-se, então, que, ao contrário do que afirmam aqueles que aderem à tese principal, há, sim, vedação constitucional à extensão do regime da união estável, como previsto no art. 226, §3º, às uniões homoafetivas. É por isso que se torna importante diferenciar a interpretação extensiva do regime existente de uma criação de regime análogo, conforme se demonstra na sequência.

Disso decorre grande o problema da interpretação conforme do art. 1.723 do Código Civil, pois ele reproduz com exatidão o conteúdo relevante do art. 226, §3º, da CF. Como visto na argumentação doutrinária e jurisprudencial dos ministros Mendes e

Lewandowski, o limite da interpretação conforme é a impossibilidade semântica e a irrelativizável determinação do legislador. Para utilizar um exemplo análogo, seria inconstitucional uma emenda que tivesse como finalidade alterar o disposto no §2º do art. 76 da CF, que atualmente determina que “será considerado eleito Presidente o candidato que, registrado por partido político, obtiver a maioria absoluta de votos, não computados os em branco e os nulos”, para: “será considerado eleito Presidente o **homem**, candidato, que, registrado por partido político, obtiver a maioria absoluta de votos, não computados os em branco e os nulos”. Caso uma atrocidade jurídica dessa fosse sugerida, não haveria a menor dúvida de que o termo gera restrição. Tampouco há dúvida de que, nesse mesmo dispositivo constitucional, a expressão: “registrado por partido político” – veda a eleição de candidatos não filiados a partido nenhum. É irrelevante, para interpretar o desígnio restritivo do texto, partícula que forneça ao trecho sentido de restrição absoluta, como, por exemplo, *somente*, *exclusivamente* ou *apenas*. O mesmo deve valer para a regra do art. 226, §3º, pois ambas são regras de competência, ainda que uma pública e outra privada.

Além disso, a leitura de Barroso, Lopes J. e dos ministros que aderiram à tese principal partiu do pressuposto de que o pensamento hegemônico tradicionalista, representado pela maioria parlamentar e pela jurisprudência predominante, são contrários à tese principal, denominada por Trivisonno regulamentação positiva (supra, p. 84) ou, como se passa a denominar daqui em diante, interpretação extensiva do regime jurídico estabelecido pela regra do art. 226, §3º, da CF. Essa leitura do estado de coisas é muito conveniente quando se pretende demonstrar a (inegável) opressão e estigmatização histórica de uma minoria, mas um pouco contraditório quando se pretende fundamentar uma interpretação semântica que conclua pela abertura do texto ou pela imprevisão do silêncio em relação às uniões homoafetivas. Longe disso, o silêncio quanto à possibilidade de a regra abarcar uniões homoafetivas no texto é intencional e declarado, conforme se pôde constatar dos anais da Constituinte. A regra e a omissão intencional são fruto de um passado e de um presente institucionais marcados pela discriminação de uma minoria. Isso certamente não justifica a regra, mas identifica inequivocamente uma realidade perversa que não pode ser dissimulada.

Deixa-se claro, desde já, que as interpretações semântica, genética e histórica, por si mesmas, não resolvem a questão, apenas determinam a carga argumentativa e, para usar a expressão de Trivisonno, a dinâmica constitucional com a qual teriam que lidar os ministros para decidirem em favor do reconhecimento. Conforme demonstrado à frente, há duas alternativas a favor do reconhecimento: (i) reconhecer a união homoafetiva como união

estável, estendendo-lhe todas as circunstâncias legais do regime jurídico; e (ii) reconhecer que há direitos fundamentais que não podem ser recusados às uniões homoafetivas de fato, sendo necessário criar-lhes uma posição jurídica análoga, mas sem ir além porque, em razão de precedente da corte, não seria constitucionalmente possível contrariar regra constitucional expressa e estender o regime jurídico da união estável (como propõe o Min. Lewandowski, BRASIL, 2011b, p. 2179).

Para que a primeira solução seja viável, seria indispensável declarar a inconstitucionalidade ao menos parcial da regra constitucional prevista no art. 226, §3º, revendo a jurisprudência da corte, e isso até parece bem plausível, afinal, foi unânime entre os ministros o entendimento de que a restrição do instituto exclusivamente ao homem e à mulher é perversa. Veja-se nesse sentido, a assertiva do Min. Fux: “seria perverso conferir a norma de cunho indiscutivelmente emancipatório interpretação restritiva, a ponto de concluir que nela existe impeditivo à legitimação jurídica das uniões homoafetivas” (Ibid., p. 2132). Ora, foi exatamente o que o constituinte originário fez, consciente e explicitamente. Se o constituinte originário optou expressamente por regulamentar um regime jurídico familiar restringindo-o deliberadamente de forma perversa, parece que a jurisprudência firmada pelo Min. Moreira Alves na ADI 815-3 deve mesmo ser revista. É essa, inclusive, a solução que mais condiz com a postura de sinceridade e de reconhecimento do arcabouço histórico que circunda o intérprete, propugnada pela hermenêutica atual. **Reconhecer os erros passados como realmente são parece uma saída mais honesta do que reescrever o texto constitucional sub-repticiamente, empurrando perversidades constitucionais expressamente constatadas para debaixo do tapete jurisprudencial, o que, além de tudo, é simbolicamente pouco efetivo, pois o texto constitucional continuará ostentando a mácula de um passado iníquo.**

A tendência do STF parece mesmo seguir na direção do reconhecimento não declarado de uma hierarquia de valores na Constituição. Veja-se, o voto do Min. Marco Aurélio, no qual ele afirma, sem meias palavras: “o princípio da dignidade da pessoa humana ostenta a qualidade de fundamento maior da República” (Ibid., p. 2269). Retoma-se esse ponto, na última seção, contrapondo essa tendência às críticas doutrinárias, como a de Lênio Streck: “o princípio da dignidade da pessoa humana não pode ser panacéia para todos os males, mormente de “omissões” (sic) do constituinte: o direito possui um mínimo de objetividade, que é o texto” (STRECK, 2009).

Quanto ao argumento de Trivisonno, segundo o qual, o legislador ordinário poderia resolver a questão regulamentando a matéria, fundando-se em uma regra permissiva implícita no sistema normativo constitucional. Ora, se a interpretação do art. 226, §3º, impõe a restrição sobre o regime jurídico da união estável de forma tal que obriga o STF a declarar sua inconstitucionalidade, haveria uma incoerência em permitir-se que o legislador violasse tal restrição por lei ordinária. Essa contradição, entretanto, não justifica a tese defendida, pelo contrário: obriga-a a apresentar uma resposta. A resposta é que extrair do sistema uma permissão ao legislador para que crie uma união estável homoafetiva por meio de interpretação extensiva da regra de competência poderia gerar uma incongruência com o art. 226, §3º, da CF – uma antinomia no sistema (BOBBIO, 1999, p. 81-86). Imagine-se coexistirem, no ordenamento jurídico, uma regra constitucional que determina ser a “união estável entre o homem e a mulher” e uma regra infraconstitucional que determina ser a “a união estável entre o homem e a mulher, mas também entre pessoas do mesmo sexo”.

A regra analisada, por se tratar de uma competência estabelecida constitucionalmente, automaticamente veda a possibilidade de lei infraconstitucional relativizar seus requisitos constitucionais expressos ou estender a posição jurídica por ela criada a hipóteses por ela excluídas. Os requisitos explícitos de uma competência não são uma orientação ou uma exemplificação, mas, sim, uma condição *sine qua non*. Analogamente, nem se cogitaria a constitucionalidade de uma lei eleitoral ordinária que determinasse que o candidato à presidência da república, para ser eleito, não precisa mais ser filiado a partido.

Foi por desígnio do constituinte originário que se tratou a matéria constitucionalmente e que se fechou o conceito de união estável existente. O Constituinte originário poderia ter redigido o artigo da seguinte forma: “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”, afinal, o Código Civil de 1916 não abria espaço para a união homoafetiva e nem o de 2002. Ainda assim o legislador optou por positivizar constitucionalmente a restrição. **As regras postas pelo legislador, especialmente pelo constituinte originário, devem ser levadas a sério, especialmente quando perversas! Nesses casos, devem ser corrigidas, e não ignoradas como se virtuosas fossem.**

Por essas razões, discorda-se da conclusão de Trivisonno de que seria possível solucionar a questão por meio de regulamentação infraconstitucional. É indispensável dividir o argumento de Trivisonno que conclui pela existência de mera permissão constitucional em dois: (a) uma permissão do sistema à extensão do regime jurídico criado pelo art. 226, §3º, da

CF; e (b) uma permissão do sistema à criação de regime jurídico análogo, sem relativização dos requisitos do referido parágrafo. Dessa forma, é possível interpretar a regra de competência como uma vedação expressa de extensão da posição jurídica já existente, isto é: proibição de interpretação extensiva; ao mesmo tempo em que se extrai do sistema uma permissão à criação de regime jurídico análogo. Essa diferença constitui o núcleo da proposta defendida neste trabalho, o qual, inclusive, não adere à tese de que o sistema apenas permitiria que o legislador regulamentasse ou não as uniões homoafetivas: **defende-se que há, sim, uma imposição constitucional ao reconhecimento das uniões homoafetivas como regime análogo** – conforme se aprofunda na sequência. Portanto, exclui-se a viabilidade de (a), com base no exposto acima e reafirma-se (b), concluindo que, mesmo nessa hipótese de permissão do sistema, somente uma alteração constitucional poderia estender o regime da união estável previsto no §3º do art. 226.

Mesmo uma regra constitucional que fosse contraditória à regra do §3º do art. 226, necessariamente resultaria na invalidação total ou parcial de uma das duas. Um exemplo seria: “todas as entidades familiares devem ser estendidas às relações homoafetivas” (que é justamente a regra implícita posta pelo STF na decisão do caso). Esse também seria um caso de antinomia, conforme bem demonstrou Bobbio (1999, p. 81-86). Como se viu, a diferença é que não se trata de uma regra de proibição contraditória a uma regra de permissão, mas uma regra explícita de não competência (não reconhecimento) antinômica a uma regra implícita de competência (reconhecimento). A extensão do regime não pode se dar sem invalidação ao menos parcial da regra que impõe o não reconhecimento por meio de requisitos expressos e fechados. Isso se deve, para trabalhar de uma perspectiva interna da teoria de Bobbio (Ibid. p. 132), ao fato de que a norma geral exclusiva das regras de competência não é uma permissão, mas um não reconhecimento.

Por outro lado, seria perfeitamente possível, conviverem paralelamente e sem contradição dois regimes jurídicos de união estável, o do §3º do art. 226, que dispõe: “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”; e outro criado pelo legislador constitucional como, por exemplo, um §9º do art. 226, que dispusesse: “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, sendo vedada sua conversão em casamento”. É semelhante a essa a solução apontada por Lewandowski, quando se refere à criação de uma "união homoafetiva estável",

mediante um processo de integração analógica, ao invés de uma "união estável homoafetiva", por interpretação extensiva do §3º do art. 226.

A criação de um regime jurídico análogo não viola diretamente os limites impostos pela regra de competência. A solução trazida aos autos por Lewandoski visa à criação de uma quarta modalidade de entidade familiar, somando-a ao rol do art. 226, que consistiria nos casamentos, nas uniões estáveis e na família monoparental. É verdade que esse rol trata justamente daquela e de outras competências estabelecidas pelo Constituinte originário, logo, a princípio, também não se poderia criar uma quarta modalidade sem violar em alguma medida a vontade do legislador expressa por meio de regras postas. A questão é saber se há diferença considerável entre os graus com que se violam as regras postas em cada uma dessas situações. Conforme se demonstra infra, é muito mais grave a violação por meio da interpretação extensiva do art. 226, §3º, do que por meio da criação de regime jurídico análogo, que depende apenas da constatação de que o rol do art. 226 não é exaustivo.

Este trabalho adere a essa solução, a qual, como bem apontou Trivisonno, também leva a concluir que existe uma imposição de reconhecimento no sistema constitucional. A diferença para a tese principal de Barroso, que impõe a interpretação extensiva, é que, para que fosse meramente estendido o conceito de união estável já existente na Constituição, seria indispensável que se declarasse inválida a regra de competência existente, mesmo que parcialmente, suprimindo dela os termos “o homem e a mulher”. Na tese secundária (integração por analogia), também proposta para fins argumentativos por Barroso e aprofundada por Lewandowski, isso não ocorre, sendo muito menor o grau de violação à dinâmica constitucional e à segurança jurídica.

Por fim, caso o resultado da ponderação seja uma permissão do sistema constitucional a que o legislador reconheça ou não as uniões homoafetivas, como bem entender, deve-se concluir que: o Constituinte originário já deliberou sobre isso e a regra de competência existente já não reconhece as uniões homoafetivas, além do que, seus requisitos são condição *sine qua non* e, portanto, somente podem ser relativizados por alteração da regra ou por declaração de invalidade ao menos parcial frente a outra regra. Uma discussão bem mais complexa, mas a qual infelizmente não se poderá adentrar aqui, seria a da possibilidade de ser criado um regime jurídico análogo por lei ordinária. Seria um caso concreto com circunstâncias muito diferentes das que se estudou aqui e que requereria uma reflexão bastante diferenciada.

Obtiveram-se cinco conclusões importantes nesse ponto: (1) não há impropriedade intrínseca à utilização dos cânones interpretativos, o problema seria a submissão prévia a um deles ou sua aplicação viciada, o que pode ser resolvido discursivamente; (2) uma leitura honesta da Constituição, que leve em consideração a verdadeira herança constitucional, social e política brasileira, especialmente se visa a superá-la, coaduna-se melhor com o paradigma hermenêutico defendido por Fernandes; (3) se o resultado da ponderação em sentido estrito for que o sistema normativo constitucional permite reconhecer (ou não) a união estável homoafetiva, deve-se concluir que a regra do art. 226, §3º, já estabeleceu o não reconhecimento; (4) não é possível estender interpretativamente a competência definida no art. 226, §3º, por meio de relativização de seus requisitos expressos sem que se declare sua inconstitucionalidade, ao menos parcial (expressa ou tacitamente); e (5) é possível que uma regra que reconheça a união homoafetiva coexista com a regra do art. 226, §3º, sem que seja declarada sua inconstitucionalidade, desde que seja criado um regime jurídico análogo e as regras não sejam contraditórias.

3.2.3.3 Ponderação entre um princípio material e um princípio formal não embasado em princípios materiais substanciais

A análise crítica aqui exposta parte de alguns pressupostos que vão de encontro à visão que a dogmática brasileira desenvolveu equivocadamente sobre a teoria de Alexy. É importante deixar claro que a aplicação do conceito alexyano de princípios não é, do ponto de vista da teoria, opcional. Os princípios, como mandamentos de otimização, necessariamente colidem em inúmeros casos e, nessas situações, o sopesamento, ou ponderação, é inevitável, é um reflexo de sua natureza. A colisão entre princípios é sempre resolvida por meio da ponderação e da aplicação das máximas da proporcionalidade. O que pode ocorrer é que a ponderação não seja explicitada pelo juiz ou que seja empregada de forma equivocada, mesmo implicitamente. **Sopesa-se, mesmo que não se reconheça.** Partindo desse pressuposto, mesmo que a jurisprudência se recuse a adotar expressamente o método da ponderação, pode a dogmática utilizá-la para analisar as decisões e sistematizar os parâmetros estabelecidos por meio dos precedentes, inclusive e principalmente em relação à importância reconhecida a valores constitucionais, às fórmulas de resolução de impasses adotadas e aos limites de discricionariedade traçados.

A discricionariedade do legislador é “um problema de sopesamento entre o princípio material de direito fundamental e o princípio formal de competência do legislador democraticamente legitimado” (ALEXY, 2008, p. 425). O tribunal tem a última palavra quanto aos limites das competências do legislador, mas essa delimitação não é livre, pois o tribunal constitucional também está vinculado ao princípio democrático de que as decisões relevantes para a sociedade devem ser tomadas pelo legislador democrático. Esse princípio formal pode combinar-se com um princípio substancial que sirva a interesses apenas secundários da sociedade e ser sopesado contra um princípio constitucional garantidor de um direito individual.

A diferença entre os princípios formais e materiais, para Alexy, está no fato de que os princípios materiais são mandamentos de otimização que se referem a conteúdos determinados, como, por exemplo, a vida, a liberdade de expressão ou a igualdade de gênero; enquanto os princípios formais são mandamentos de otimização que tomam como objeto decisões jurídicas, independentemente de seus conteúdos. “Princípios formais exigem que a autoridade de normas expedidas devidamente (em conformidade com o ordenamento jurídico) e socialmente eficazes seja otimizada” (ALEXY, 2014b, p. 13) – ou seja, referem-se à dimensão real ou fática do direito (Ibid., p. 13-14).

Entretanto, conforme já se apontou no passado (RIBEIRO NETO, 2014), a menos que seja nítida a discrepância entre a afetação de um princípio constitucional e os princípios colidentes, prevalece a competência do Legislativo. Para que seja afastado o princípio formal, a carga de argumentação é do Judiciário. Entretanto, o princípio formal da competência decisória do legislador, considerado em si mesmo, não é suficiente para superar um princípio material de direito fundamental. A fórmula do peso veda constitucionalmente intervenções muito intensas em direitos fundamentais não justificadas por nenhuma razão substancial. Princípios formais procedimentais só podem superar princípios materiais de direitos fundamentais se conectados a outros princípios materiais – ao que Alexy chama de “lei da conexão”.

Se é sabido que uma intervenção muito intensa em um direito fundamental não é justificada por nenhuma razão substancial [apenas um princípio formal], então, nos termos da fórmula do peso, essa intervenção viola claramente o direito fundamental (ALEXY, 2008, p. 624).

Foi esse princípio, por exemplo, que Barroso invocou diretamente (supra, p. 64). Fux também o invocou indiretamente, quando fez referência à teoria de Alexy: “Recorde-se, novamente, o magistério de Robert Alexy, para quem, inexistindo razão suficiente para o

tratamento jurídico diferenciado, impõe-se o tratamento idêntico” (BRASIL, 2011b, p. 2124). Outros ministros e partes também recorreram indiretamente a esse argumento, sustentando que deve haver razões para a mitigação da igualdade, afinal, o princípio é um mandamento de otimização. Sintetiza-se o argumento, no caso concreto, por meio do seguinte enunciado: não há razões substanciais para o não reconhecimento. Como reconhece Alexy, por meio da lei da conexão, é poderoso esse argumento da falta de embasamento substancial ao princípio formal e deve-se considerar que ele foi identificado unanimemente pelos ministros no caso estudado.

Ressalte-se, em sentido contrário, a regra de precedência das regras proposta por Alexy, segundo a qual: quando se fixam determinações no nível das regras, decide-se mais que a decisão a favor de certos princípios; e a vinculação à Constituição significa uma submissão a todas as decisões do legislador constituinte. Assim, as determinações estabelecidas no nível das regras teriam primazia em relação a determinações alternativas baseadas em princípios, é nesse sentido que Trivisonno invoca o princípio da segurança jurídica. Entretanto, "O fato de o texto requerer ou excluir uma determinada interpretação é um argumento muito forte a favor ou contra essa interpretação. (...) Mas afirmar que o argumento semântico é um argumento muito forte não significa que ele sempre prevaleça" (ALEXY, 2008, p. 552).

Conclui-se que, segundo Alexy, a rigidez da primazia das regras cessa caso se esteja diante de condições sob as quais os princípios colidentes tenham peso muito maior que o das regras (ALEXY, 2008, p. 141). Assim, seria inevitável concluir que, caso os ministros estejam certos e não haja princípios materiais ou mesmo razões secundárias substanciais que apoiem um princípio formal, é inevitável que ele ceda em face das circunstâncias particulares em que se deu a colisão com um direito fundamental. Essa conclusão depende da argumentação apresentada e, como se demonstra à frente, têm razão os ministros quando identificam um vácuo de conteúdo na argumentação que embasa o não reconhecimento. Aprofunda-se essa constatação no restante da pesquisa, fazendo-se importantes ressalvas quanto aos limites de afetação do princípio formal na ADPF 132. Adianta-se, porém, que essa interpretação alexyana de afastamento de um princípio formal com base no nítido esvaziamento material, por si só, já permite reduzir drasticamente a vulnerabilidade à arbitrariedade oriunda do precedente firmado pelo STF.

3.2.3.4 Direito ao reconhecimento e implicações jurídicas da decisão – casamento e adoção

É indispensável perceber que existe uma diferença entre os conceitos jurídicos e os significados discursivos constantemente construídos e reconstruídos pelo senso comum. Tudo o que se alegou no julgamento a respeito do reconhecimento e do simbolismo de uma decisão em favor do rompimento com uma tradição de estigmatização e violência é verdade, mas isso não altera a realidade de que um conceito jurídico não carrega consigo o monopólio dos significados. Isso é: a existência de conceitos jurídicos de família, de união estável e de casamento não elimina ou deslegitima os significados que permeiam o discurso e as práticas sociais. É necessário distinguir claramente as coisas para não se atropelar a prudência com um rolo compressor argumentativo – é preciso determinar pesos argumentativos jurídicos a cada reivindicação e finalidade conforme seu valor jurídico, e não um peso geral que não distingue argumentos pontuais na tese.

Sem que cuidasse com muita especificidade do assunto, provavelmente em decorrência da emoção contagiante que envolveu a fixação de um marco jurídico antológico no processo de emancipação de uma minoria estigmatizada, o STF decidiu que é importante para o tribunal exercer o papel de árbitro no campo dos signos e do discurso. Esse ponto é retomado adiante e é muito importante, especialmente, para a discussão acerca do papel que se espera que o STF exerça ou do papel que se espera que o Estado exerça quanto à apropriação e arbitragem dos símbolos no discurso social. A sociedade que se quer é uma em que o valor simbólico dos discursos e das relações depende da positivação pelo direito?

Como foi visto acima, a regra do art. 226, §3º, é uma regra de competência privada. Isso significa que a não extensão do regime jurídico das uniões estáveis às relações homoafetivas não interfere diretamente nas liberdades fáticas dos homossexuais, mas, sim, em suas liberdades jurídicas. Todo um espectro dos atos jurídicos civis lhes é recusado por essa regra, especialmente os direitos substanciais decorrentes dos regimes jurídicos familiares. Entretanto, há que se fazer uma distinção entre os tipos de direitos que decorrem dos regimes jurídicos familiares. A partir dos conceitos de José Reinaldo de Lima Lopes, pode-se dividi-

los em dois tipos: (i) direitos contratuais e prestacionais e (ii) direito ao reconhecimento¹³. As demandas das ações constitucionais por redistribuição de direitos dividiram-se entre esses dois grupos, conforme se verifica por meio de análise das argumentações presentes nos autos.

A AGU fez referência à obra de Maria Berenice Dias, segundo a qual: “Ao menos até que o legislador regulamente as uniões homoafetivas (...), incumbe ao Judiciário emprestar-lhes visibilidade e assegurar-lhes os mesmos direitos que merecem as demais relações afetivas” (DIAS, 2006, p. 88-89). Também citou precedentes do TRF, 4ª região, do TSE, e do STJ, reconhecendo direitos (e deveres) de homossexuais em união homoafetiva, especificamente quanto a direitos previdenciários, impedimentos eleitorais (BRASIL, 2011b, p. 840-843).

O Governador do Estado do Rio de Janeiro impugnou especialmente as decisões do Judiciário que interpretavam de maneira discriminatória aos homossexuais o art. 19, II, e art. 33, I a X e p.u., do Decreto-lei 220/75 (Estatuto dos Servidores Civis do Estado do RJ). Reveja-se o texto dos referidos dispositivos:

19 - Conceder-se-á licença: II - por motivo de doença em pessoa da família, com vantagens integrais nos primeiros 12 (doze) meses; e, com dois terços, por outros 12 (doze) meses, no máximo;

33- O Poder Executivo disciplinará a previdência e a assistência ao funcionário e à sua família, compreendendo: I - salário-família; II - auxílio-doença; III - assistência médica, farmacêutica, dentária e hospitalar; IV - financiamento imobiliário; V - auxílio-moradia; VI - auxílio para a educação dos dependentes; VII - tratamento por acidente em serviço, doença profissional ou internação compulsória para tratamento psiquiátrico; VIII - auxílio-funeral, com base no vencimento, remuneração ou provento; IX - pensão em caso de morte por acidente em serviço ou doença profissional; X - plano de seguro compulsório para complementação de proventos e pensões.

Parágrafo único - A família do funcionário constitui-se dos dependentes que, necessária e comprovadamente, vivam a suas expensas (RIO DE JANEIRO, 2015).

A PGR deu especial ênfase à privação de direitos oriunda do não reconhecimento de alimentos, sucessões, previdência, contratos, esfera tributária, etc. (BRASIL, 2011b, p. 866). Lopes J. apontou que:

Gays e lésbicas são inferiorizadas no tratamento que recebem do sistema jurídico: apenas em função do sexo de seus parceiros eróticos e afetivos, vêem-se privadas de benefícios estendidos a outros cidadãos, como o simples direito de testemunhar, o direito de contribuir para a previdência

¹³ Relembra-se o conceito de direito ao reconhecimento, proposto por Lopes J.: “o direito ao reconhecimento teria dois significados distintos: (i) direito à diferença e (ii) direito à retirada de valoração negativa de certa identidade” (supra, p. 70).

social, de obter deduções do imposto de renda e assim por diante. Mais do que isso, pode-se dizer que os homossexuais têm direito a ser tratados com respeito universal nas manifestações públicas de todos, e assim como já não se toleram discursos que incitem ao ódio entre grupos sociais, o direito também serve para coibir as manifestações públicas ultrajantes (LOPES J. 2005, p. 91).

Vê-se claramente que há duas categorias de demandas essencialmente distintas no caso estudado. Essas demandas constituem dois tipos de atos jurídicos que resultam das competências previstas no art. 226 e seus parágrafos: (i) atos jurídicos com valor predominantemente substancial contratual, previdenciário, sucessório, etc.; e (ii) atos jurídicos com valor predominantemente simbólico. O primeiro grupo se refere ao acesso dos sujeitos de direito a um espectro de atos jurídicos substanciais, tais como o direito à herança, a benefícios previdenciários e a outros atos jurídicos, inclusive a não mencionada (exceto pelo Min. Ayres Britto) adoção. O segundo grupo é referente à conquista por reconhecimento, à afirmação do direito da minoria estigmatizada à ocupação dos espaços simbólicos na sociedade, por meio da apropriação da igualdade de acesso aos espaços simbólicos positivados pelo direito, como o conceito de família, de entidade familiar, de união estável e de casamento. Também esse espectro de atos jurídicos tem reflexo no campo da competência civil e da liberdade jurídica, mas de uma forma essencialmente distinta. A extensão do já existente regime jurídico de união estável às relações homoafetivas inevitavelmente constituiria a extensão de todas as possibilidades jurídicas que dele advêm, inclusive a conversão em casamento. O que, verificou-se, de fato ocorreu.

Reconhecer essa divisão não tem como propósito desqualificar um desses grupos de direitos, apenas fazer uma diferenciação importante, pois a discussão suscitada pelo Min. Lewandowski centra-se no cabimento do reconhecimento não de uma "união estável homoafetiva", por interpretação extensiva do §3º do art. 226, mas uma "união homoafetiva estável", mediante um processo de integração analógica. Assim, tanto para refutar a solução proposta por Lewandowski, como fez o STF, como para acatá-la, como se faz neste trabalho, é indispensável distinguir o núcleo de reconhecimento com o qual todos os ministros concordam: direitos materiais inerentes à posição jurídica conferida às uniões estáveis; e direito ao reconhecimento formal das uniões homoafetivas como uniões estáveis, sem distinção jurídica. Infelizmente a fundamentação da decisão não fez essa distinção satisfatoriamente e nem deu a devida importância a ela para decidir entre as teses de Barroso.

A posição de Barroso, das iniciais e dos ministros que aderiram à tese principal nem menciona a possibilidade de conversão da união estável em casamento em sua

argumentação. A única menção ao casamento gay em todas elas está presente nas seções de apresentação do argumento comparativo, as quais invocam a evolução dos ordenamentos jurídicos do mundo. É digno de nota como os exemplos de direito comparado são extremamente profícuos ao argumento da extensão do regime jurídico da união estável às relações homoafetivas, mas acabariam enfraquecendo a tese caso se estivesse defendendo diretamente a extensão do conceito de casamento a elas. Conforme dispõe a PGR em sua primeira manifestação nos autos (BRASIL, 2011b, p. 40) reconheciam a união estável, à época da petição: França, Portugal, Alemanha, Reino Unido, Suíça, Islândia, Dinamarca, Suécia, Noruega, Finlândia, Hungria, República Tcheca, Croácia, Slovênia, Latvia, Andorra, Luxemburgo, Mônaco, em algumas regiões da Itália, Israel, Colômbia, Guadalupe, Martinica, Antilhas Holandesas, Guiana Francesa, Nova Zelândia, Nova Caledônia, províncias argentinas de Buenos Aires e Rio Negro, e nos EUA na Califórnia, Vermont, Connecticut, Hawaii, Maine e Distrito de Colúmbia (Washington DC), dentre outros.

Mas a própria PGR (em argumento reiterado por todos os demais defensores da tese principal) aponta que, à época da petição, apenas reconheciam o direito dos homossexuais ao casamento: Holanda, Bélgica, Espanha, Canadá, África do Sul e, nos EUA, Massachusets e New Jersey. Ora, é inevitável constatar que uma discussão sincera que considerasse todas as possibilidades reais do caso, encontraria obstáculos argumentativos e representativos muito maiores, pois teria que admitir de antemão que se estaria estendendo também o regime jurídico do casamento às uniões homoafetivas. Se a discussão da extensão do regime jurídico do casamento fosse aberta, enfraquecer-se-ia muito o argumento comparativo do avanço civilizatório, pois a alegada imprescindibilidade do reconhecimento pelo ordenamento brasileiro seria contraposta às decisões normativas discriminatórias de democracias maduras como as de Alemanha, Reino Unido, Suíça, Dinamarca, Suécia, Noruega, entre outras.

Apenas o Min. Ayres Britto menciona a questão da adoção, mesmo que lhe reservando um mero parágrafo em meio a um voto de quarenta e três páginas. Segundo o ministro, a CF não abriria distinção entre famílias adotantes homossexuais ou heterossexuais. Pelo contrário, na medida em que possibilita a adoção por uma só pessoa adulta, também sem distinguir entre o adotante solteiro e o adotante casado, ou então em regime de união estável, defende aplicar-se ao tema os mesmos argumentos que foram aplicados no caso das uniões estáveis, especialmente o argumento da igualdade.

Quanto à adoção, ainda podem ser identificadas no Brasil políticas de concessão de guarda familiar que se aproximam de concepções consideradas, pela tese prevalente na decisão, tradicionalistas e incompatíveis com o paradigma democrático atual. Concorde-se que se trata de desvios e defende-se que a lei 12.010 de 2009 já criou um paradigma jurídico que permite superar tais visões obsoletas, colocando em primeiro plano o direito de cada criança a uma vida familiar plena, em detrimento de modelos ou padrões morais ou religiosos pré-determinados. Por essa razão incluiu-se a adoção entre os atos jurídicos substanciais inerentes às entidades familiares e entende-se que tanto a tese da interpretação extensiva quanto a tese da integração por analogia ensejariam resultados semelhantes quanto à extensão do instituto da adoção às uniões homoafetivas.

Quanto ao casamento, e é nesse ponto que reside o maior problema, não houve nem ao menos consideração da extensão automática do instituto às uniões homoafetivas na fundamentação dos ministros que adotaram a tese prevalente. Parece evidente que as reflexões feitas nos autos quanto à transformação do conceito de família não se aplicam inteira e indistintamente ao conceito de casamento.

É inegável que, por mais que seja um instituto civil e seu registro, hoje, seja competência do Estado e não mais da Igreja, é inevitável considerar que, desde sua origem, o instituto mantém relação simbólica muito mais estreita com a religião e com valores familiares tradicionais do que a união estável. Mesmo que se discorde desses argumentos (como de fato discorda-se), é imprescindível reconhecer que a carga de argumentação para sua superação é consideravelmente mais pesada do que a exigida para a superação dos argumentos que sustentavam a não extensão do conceito de união estável. Demonstrou-se isso com relação ao argumento comparativo, mas o mesmo se aplica a vários outros argumentos da tese principal. Não bastaria, para dar outro exemplo, refutar o argumento da procriação como finalidade das famílias com a facilidade que se fez para demonstrar que ele é dispensável para o reconhecimento das uniões estáveis, bastando constatar a existência da família monoparental.

Mesmo que se parta do pressuposto de que, caso fosse efetivamente considerada a extensão também do conceito de casamento às relações homoafetivas, a decisão teria sido a mesma, é evidente que os argumentos que servem para a união estável não necessariamente servem para o casamento. Um instituto é recente na história do direito, enquanto o outro tem sua origem marcada pelos elementos trazidos pelas concepções conservadoras e religiosas:

O efeito visado pelo casamento era gerar filhos legítimos, que continuam a servir tanto à família quanto à cidade. Aulus Gellius conta o caso célebre de um Carvilius Ruga que, embora amando afetosamente sua mulher, vê-se obrigado a divorciá-la para cumprir o juramento de gerar filhos, pois ela era estéril. O casamento não é, portanto, um instrumento de realização pessoal, mas o vínculo que constitui a família, por sua vez unidade produtiva (LOPES, J., 2009, p. 47).

Por óbvio, não se trata mais do instituto jurídico do direito romano. Superou-se essa visão obsoleta e, como bem se identificou, desde a Constituição de 1988 que se aceitam três tipos de entidades familiares: o casamento, as uniões estáveis e as uniões monoparentais. O fato, entretanto, é que as mutações legais que se aplicam ao conceito de família não necessariamente se estendem automaticamente ao conceito de casamento. É indispensável retomar uma reflexão feita anteriormente (supra, p. 112): seria constitucional conviverem paralelamente a regra do §3º do art. 226, que dispõe: “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”; e uma outra regra que dispusesse: “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, sendo vedada sua conversão em casamento”? Se a resposta for afirmativa, é inevitável o reconhecimento de que o STF, ao se escusar de fazer a diferenciação devida, excedeu sua legítima margem de discricionariedade, e pior, fê-lo sem nem ao menos motivar a decisão porque não considerou a implicação.

Leve-se em consideração, portanto, que uma questão importante que o caso envolve é a margem de discricionariedade do controle de constitucionalidade sobre a do legislador democraticamente legitimado; mesmo que se discorde de seu ponto de vista, os grupos religiosos e conservadores da sociedade não teriam o direito de opinarem sobre tais questões em sede de deliberação legislativa? A formatação prática das regulamentações dos regimes jurídicos (inclusive o da adoção) não é uma questão técnica-política para a qual o Judiciário tem menos vocação do que o legislador? Mesmo que a resposta fosse não para ambas as perguntas, da forma como foi decidido o caso, solaparam-se quaisquer eventuais distinções e cuidados (que amplos setores da sociedade defenderiam caso a questão fosse discutida no Congresso) e se reconheceu, implicitamente, pleno direito dos casais homossexuais a todos esses atos jurídicos no mesmo formato que as entidades familiares heterossexuais, sem nem ao menos considerar as importantes nuances do caso e suas implicações. Gilmar Mendes identificou bem essa limitação natural do STF: “não são fáceis todos os problemas que decorrem desta opção. E, talvez, seja muito difícil para a Corte fazer

todo o elenco de distinções que poderia ocorrer entre a união estável entre homem e mulher e entre as pessoas do mesmo sexo” (BRASIL, 2011b, p. 2186).

Talvez não houvesse necessidade de criticar a decisão se os demais ministros tivessem dado maior importância à observação de Mendes e se o STF tivesse dado maior atenção às impactantes implicações jurídicas e efetivamente deliberado sobre elas. Tal como o Legislativo tem a obrigação de regulamentar os direitos impostos pela constituição, o STF tem a obrigação de explicitar o impacto de suas decisões sobre o sistema constitucional e de expor as razões que as motivam, especialmente quando age exercendo o papel de legislador positivo, papel que reconheceram os próprios ministros em seus votos, vide trecho do voto do excelentíssimo Min. Celso de Mello:

Práticas de ativismo judicial, embora moderadamente desempenhadas pela Corte Suprema em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade (BRASIL, 2011b, p. 2318).

O Min. Gilmar Mendes apontou bem para o problema: “a interpretação conforme, nos moldes em que requerida pela Procuradoria-Geral da República, pode ter amplíssimas consequências em diversos sistemas normativos do ordenamento jurídico brasileiro, as quais devem ser minuciosamente consideradas pelo Tribunal” (Ibid., p. 2212); mas tampouco cuidou das consequências que despontavam então no horizonte da decisão. Essas consequências certamente vieram, conforme se comprovou (supra, p. 17): em 14 de maio de 2013, o CNJ aprovou resolução proposta pelo próprio presidente por meio da qual passou a ser obrigatória a conversão da união estável homoafetiva em casamento pelos cartórios de todo o país e, até 16 de maio de 2015, foram registrados 3,7 mil casamentos entre pessoas do mesmo sexo (BRASIL REALIZOU, 2015). O presidente do CNJ e proponente da resolução foi o Min. Joaquim Barbosa, que expressamente concordou, durante o julgamento, com a interpretação falaciosa de Barroso:

Eu concordo com o que foi sustentado da tribuna pelo ilustre professor Luís Roberto Barroso, isto é, creio que o fundamento constitucional para o reconhecimento da união homoafetiva não está no art. 226, §3º, que claramente se destina a regulamentar as uniões entre homem e mulher não submetidas aos rigores formais do casamento civil (BRASIL, 2011b, p. 2177).

Em conclusão: assumindo explicitamente o papel do legislador, o STF estendeu, implicitamente, o regime legal do casamento às uniões homoafetivas,

fundamentando sua decisão em tese que não previu expressamente essa possibilidade. A argumentação presente nos autos refere-se apenas à união estável, sem considerar as diferenças dessa para o casamento e nem a diferença da carga de argumentação necessária para se reinterpretar cada um desses regimes jurídicos de forma a estendê-los às uniões homoafetivas. Destaque-se que os propositores das ações constitucionais tampouco pleitearam tal reconhecimento.

3.2.3.5 Ponderação em sentido estrito – interpretação extensiva e analogia

Trivisonno identificou certamente a questão fulcral para a resolução do caso quando destacou o grande empecilho que a jurisprudência do STF (ADI 815-3) cria par as teses que concluem em favor da existência de uma imposição normativa do sistema constitucional de reconhecimento das uniões homoafetivas como regime jurídico familiar. Neste ponto fazem-se, principalmente, distinções entre as duas teses defendidas pelos ministros do Supremo Tribunal Federal: a da interpretação extensiva do conceito de união estável e a da lacuna. Apesar de concordar-se com Trivisonno em que ambas configuram argumentos gerais de regulamentação positiva, defende-se que a diferença entre os conceitos de interpretação extensiva e analogia não somente se mostra possível por meio desse caso concreto, como também se apresentou, nos votos dos Min. Lewandowski, Mendes e Peluso, como uma alternativa viável de decisão.

3.2.3.5.1 Identidade entre as soluções da hierarquia entre normas constitucionais e da ponderação em sentido estrito

Concorda-se com a conclusão de Trivisonno, segundo a qual, ao final, se equivaleriam as soluções de reconhecimento apontadas nos pontos (i) e (ii), do item 10.5, do ensaio (TRIVISONNO, 2013, p. 224-230 e supra, p. 84-85). Esses pontos são retomados adiante, mas se antecipa o seguinte: a tese da existência de uma hierarquia constitucional, a partir da qual seria possível declarar a inconstitucionalidade da regra do art. 226, §3º, da CF, equivaleria a qualquer resultado da ponderação em sentido estrito que chegasse à conclusão de que o reconhecimento é mandatório. Segundo Trivisonno, isso ocorre porque toda ponderação entre princípios produz uma regra aplicável ao caso concreto, e essa regra teria precedência sobre a regra em questão. Trivisonno deu destaque a essa conclusão:

Portanto, o caso, como o aqui analisado, de prevalência de uma regra que é resultado de ponderação de dois princípios constitucionais positivos sobre uma regra que é resultado da ponderação de dois princípios constitucionais positivos sobre uma regra constitucional positiva (como a do §3º do art. 226) implicaria superioridade hierárquica dos princípios dos quais decorre a primeira regra sobre a segunda regra (a regra constitucional positiva)! (TRIVISONNO, 2013, 230-231).

Como foi aprofundado acima (supra, p. 92), para o autor, é justamente essa a essência do controle de constitucionalidade, pois, normalmente, significa “que a regra produzida pelo legislador ordinário destoa da regra que resulta da ponderação de dois princípios constitucionais” (TRIVISONNO, 2013, p. 130). O problema é que, no caso em questão, a regra incompatível é uma regra constitucional. Logo, equivaler-se-iam as soluções da hierarquia e da ponderação que conclua pelo reconhecimento.

Retomando a ideia exposta nos pontos anteriores (supra, p. 114), segundo a qual, nas hipóteses de colisão entre princípios, sempre se sopesa, mesmo que não se reconheça, parte-se de uma leitura distinta para chegar à mesma conclusão que Trivisonno. Propõe-se uma leitura do argumento da hierarquia partindo da premissa de que as normas extraídas do art. 3º, inciso IV, e do *caput* do art. 5º, da CF, são princípios – o da igualdade e o da não discriminação em virtude de orientação sexual.

Comprova-se isso recorrendo aos ensinamentos de Alexy, segundo os quais, os princípios correspondem a mandamentos de otimização dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes; quer-se dizer com isso que eles não contêm um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie*. “Os princípios não dispõem da extensão de seu conteúdo em face dos princípios colidentes e das possibilidades fáticas”, ao passo que as regras, sim, têm uma determinação da extensão de seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas. “Essa determinação pode falhar diante de impossibilidades jurídicas e fáticas; mas, se isso não ocorrer, então vale definitivamente aquilo que a regra prescreve” (ALEXY, 2008, p. 104).

Alexy define muito claramente a distinção entre os conflitos entre regras e as colisões entre princípios (Ibid., p. 91-103). Em ambas as situações normas distintas, tanto regras como princípios, apontam para soluções inconciliáveis entre si. O que distingue os conflitos entre regras das colisões entre princípios é a forma de solução do conflito: (i) no conflito entre regras, cria-se uma exceção legal ou invalida-se uma das regras conflitantes; (ii) na colisão entre princípios, não há invalidação, mas um deles adquiriria precedência em relação ao outro, mas apenas sob determinadas condições - sob outras condições a

precedência poderia inverter. Resolvem-se os conflitos entre regras na dimensão da validade, enquanto os conflitos entre princípios são solucionados da dimensão do peso (Ibid., p. 92-94).

É de extrema importância para o caso em tela a constatação de Alexy de que “o caráter *prima facie* das regras, quando perdem sua definitividade, é mais forte que o dos princípios, não bastando à fundamentação que a pretende afastar que supere os princípios que a fundamentam” (Ibid., p. 105), mas, também, que supere o que o autor denomina princípios formais. Princípios formais partem da ideia de que as regras criadas pelas autoridades legitimadas devem ser seguidas e que **não se deve relativizar sem motivos uma prática estabelecida**. Essa máxima alexyana foi aprofundada anteriormente (supra, p. 114-116) e equivale à introdução de uma carga argumentativa a favor de determinados princípios ou grupos de princípios.

Assim, consideradas as disposições normativas extraídas do art. 3º, inciso IV¹⁴, e do *caput* do art. 5º¹⁵, da CF, constata-se necessariamente que constituem mandamentos de otimização e que não dispõem “da extensão de seu conteúdo em face dos princípios colidentes e das possibilidades fáticas”, tal como o faz, por exemplo, a regra do art. 226, §3º (uma vez mais: “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”). São, portanto, princípios. O próprio Trivisonno as trabalha como princípios, denominando-os princípio da igualdade e princípio da não discriminação em virtude de orientação sexual.

A partir dessa constatação, conclui-se que não há um conflito entre regras constitucionais, mas, sim, uma colisão entre princípios, aqueles que apontam na direção do tratamento igualitário entre as uniões hétero e homoafetivas, e aqueles que apontam em direção contrária, os princípios formais e materiais que embasam a regra posta pelo Constituinte originário.

O que permite que se sopesse, nesse caso, é somente a razoabilidade do argumento presente nos autos, apontado anteriormente (supra, p. 115-116), de que não haveria nenhuma razão substancial aceitável dando suporte à regra do art. 226, §3º. Como foi

¹⁴ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

¹⁵ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

demonstrado, nenhum dos argumentos tradicionalistas morais e religiosos seria compatível com o sistema constitucional vigente. É essa circunstância que permitiu à corte efetivamente considerar o caso e aplicar a ponderação em sentido estrito, pois, se houvesse princípio material que fundamentasse satisfatoriamente a regra posta pelo legislador, nem se poderia falar em sopesamento ou cogitar a invalidação da regra constitucional.

Alexy reconhece explicitamente que um princípio formal pode, junto com um princípio substancial que sirva a interesses apenas secundários da sociedade, ser sopesado contra um princípio constitucional garantidor de um direito individual. É a partir dessa reflexão que se dá contorno específico à grande questão lançada ao STF, que é a da margem discricionariedade do legislador. Essa questão pode ser descrita como “um problema de sopesamento entre o princípio material de direito fundamental e o princípio formal de competência do legislador democraticamente legitimado”.

Destaque-se que essa leitura é rigorosamente coerente com a proposta de interpretação da regra do art. 226, §3º, da CF, como uma regra que estabelece uma competência, e não uma permissão, imposição ou proibição. Somente uma leitura do sistema constitucional como um todo poderia fornecer uma regra que atendesse a esses formatos deontológicos tradicionais (supra, p. 95-101). Essa visão se reflete na essência do sopesamento de princípios materiais em face do princípio formal que sustenta a determinação feita pelo legislador. A regra obtida ao final da ponderação, como bem observou Trivisonno, seria justaposta ou contraposta à regra do art. 226, §3º, da CF, dependendo do comando que estabelecesse. Fica clara aqui a conclusão a que se chegou supra (p. 112), segundo a qual “uma regra que reconheça a união homoafetiva como união estável não poderia coexistir com a regra do art. 226, §3º, a menos que fosse declarada sua inconstitucionalidade (expressa ou tacitamente)”. Somente poderiam conviver as duas regras se a regra extraída do sistema constitucional apenas permitisse ou proibisse o reconhecimento, mas nunca uma que o impusesse.

Reitere-se: não se desconsidera (como faz Trivisonno) a distinção entre as teses dos ministros que adotaram a posição predominante e as teses dos ministros que adotaram a posição dissidente. Assim, é importante destacar que apenas seria incompatível a coexistência da regra do art. 226, §3º e de uma regra constitucional que impusesse a extensão do conceito de união estável às uniões homoafetivas. Entretanto, seria possível e coerente, como apontam Lewandowski, Mendes e Peluso, reconhecer um regime jurídico análogo, sem

contrapô-lo à restrição feita pela regra que define uniões estáveis. Esse ponto é aprofundado adiante.

Conclui-se que são rigorosamente iguais os métodos da hierarquia das normas constitucionais e da ponderação em sentido estrito, até porque, destaque-se, mesmo que houvesse uma hierarquia entre normas constitucionais, continuaria sendo indispensável o sopesamento em caso de colisão de princípios, podendo a diferença de peso abstrato entre os princípios ser superada argumentativamente.

3.2.3.5.2 Considerações sobre o modelo adotado por Trivisonno

Conforme se verificou detalhadamente (supra, p. 89-91), Trivisonno ponderou os princípios da segurança jurídica e da igualdade, fazendo uso de uma classificação triádica dos graus de afetação. O autor concluiu que reconhecer a união estável homoafetiva constituiria “uma violação grave ao princípio da segurança jurídica, pois há, no caso, o desrespeito a uma regra constitucional expressa” (TRIVISONNO, 2013, p. 229); ao passo que o não reconhecimento da união estável homoafetiva constituiria uma violação média do mandamento do princípio da igualdade porque, em sua visão, não se trataria de proibir a união homoafetiva (o que certamente seria uma violação grave), mas meramente de não reconhecê-la juridicamente. A partir desse entendimento, a melhor solução para o caso seria, do ponto de vista do autor, o não reconhecimento da união estável homoafetiva, pois dar curso a uma violação grave à segurança jurídica para evitar uma violação média ao princípio da igualdade seria uma solução mais gravosa (Ibid.).

Trivisonno também reconheceu que seria possível “defender, com boas razões, que a violação ao princípio da igualdade, é uma violação grave [e não média], ou que a violação ao princípio da segurança jurídica é uma violação média [e não grave]” (Ibid., p. 229-230). Note-se que o autor considerou possível que essas mudanças ocorram isoladamente, mas não simultaneamente. Por essa razão, em ambos os casos, obter-se-ia um impasse a ser decidido argumentativamente pelo STF dando preferência a um dos dois princípios, o que, em síntese, poderia gerar dois resultados (Ibid., 230):

1. A lesão à segurança jurídica é mais grave que a lesão à igualdade, devendo a interpretação impositiva ser abandonada.

2. A lesão à segurança jurídica e a lesão à igualdade se equivalem. Nesse caso, a interpretação impositiva **pode ser** adotada (2.1)¹⁶ ou não (2.2) (TRIVISONNO, 2013, p. 230).

Mhardoqueu França, em trabalho sobre as decisões *contra legem* na teoria do direito de Robert Alexy, identificou corretamente as limitações de uma escala triádica dos graus de afetação/importância, mas justifica a opção por ela dizendo que seria também problemática uma escala mais refinada, a qual, apesar de proporcionar um ganho de precisão, seria extremamente complexa e beiraria a incompreensibilidade. França também reforçou a observação de Trivisonno de que seriam possíveis outras conclusões possíveis dentro das leituras do caso obtidas a partir da aplicação da escala triádica. O autor considerou particularmente defensável interpretar-se que também haveria “uma grave violação ao princípio da igualdade”, equiparando os graus de afetação aos princípios colidentes. Mhardoqueu concluiu que, caso se entenda que o STF tomou a decisão com base nesse impasse, dando precedência final ao princípio da igualdade em relação ao princípio da segurança jurídica, isso configuraria necessariamente “uma decisão *contra legem* fundada em injustiça” (FRANÇA, 2015, p. 150). Retoma-se a questão das decisões *contra legem* adiante.

Fazem-se algumas considerações importantes quanto à aplicação da máxima da ponderação em sentido estrito nos moldes expostos acima. A interpretação de Trivisonno a respeito do reconhecimento da união estável homoafetiva pode ser sintetizada da seguinte forma: (1) não reconhecê-la seria uma lesão média ao princípio da igualdade / reconhecê-la seria uma lesão grave ao princípio da segurança jurídica. Ele reconhece a possibilidade de serem defendidas outras duas formulações: (2) não reconhecer – lesão grave à igualdade / reconhecer – lesão grave à segurança jurídica; e (3) não reconhecer – lesão média à igualdade / reconhecer – lesão média à segurança jurídica. Essas duas últimas constituiriam impasses da ponderação em sentido estrito.

Mhardoqueu reconheceu especial contundência na formulação (2). Concorda-se com ele que, dentre as alternativas de interpretação do caso apontadas por Trivisonno, essa formulação seria a mais coerente com o entendimento presente nas argumentações apresentadas nos autos e acatadas pelos ministros. Demonstra-se na sequência, porém, que não são somente essas alternativas, mesmo que se equipare a interpretação extensiva à analogia, como faz Trivisonno.

¹⁶ Reitera-se que a solução 2.1, que decide o impasse em favor do princípio da igualdade, também necessariamente estabelece hierarquia entre normas constitucionais.

Antes cabe considerar que, mesmo que fossem apenas essas as alternativas viáveis de interpretação do caso, não seria suficiente o argumento de Trivisonno de que a violação ao princípio da igualdade inerente ao não reconhecimento seria média, “pois aqui não se trata de proibir tal união (o que poderia constituir violação grave), mas de não reconhecê-la juridicamente” (TRIVISONNO, 2013, p. 229). Não basta indicar uma considerável diferença entre uma forma de violação e outra – ambas poderiam ainda assim ser graves, mesmo que uma delas fosse muito grave.

Nesse ponto fica clara a limitação da classificação triádica, apontada por França. Discorda-se do argumento utilizado por ele em referência à complexidade excessiva da adoção de outras escalas mais refinadas como, por exemplo, a escala nonádica (ALEXY, 2008, p. 595-611). O nível de complexidade indesejado aponta para uma eventual falha na teoria, e não nos fatos ou nas possibilidades de leitura. É fato que a leitura do STF parece melhor definida pela formulação que expressa um grau de afetação grave ao princípio da igualdade, caso não fosse reconhecido o direito dos homossexuais à união estável. Se o caso requer, é indispensável aumentar o grau de especificação da escala.

A escala nonádica, por exemplo, permitira dividir a noção de afetação grave em: pouco grave, grave e muito grave. Isso bastaria para distinguir os graus de afetação proporcionados pelo não reconhecimento da união estável homoafetiva e por sua proibição, sem, contudo, necessariamente evitar o impasse na ponderação ou a decisão em detrimento da segurança jurídica. As classificações de grau de afetação/importância devem ser utilizadas como mera referência para a aplicação do sopesamento a casos concretos e não podem engessar a interpretação dos fatos e das normas, ou dariam margem às críticas feitas à teoria de Alexy (as quais se encontram a seguir, no ponto 3.2.3.5.4).

Por fim, indica-se uma importante alternativa concreta não expressamente considerada por Trivisonno. Se o autor reconheceu que se poderia discordar de sua visão e classificar, isoladamente, como média a afetação ao princípio da segurança jurídica e como grave a afetação ao princípio da igualdade, obtendo as formulações (2) e (3); parece razoável concluir que seria possível também obter tais classificações simultaneamente, ou seja, uma quarta formulação representada pelo seguinte enunciado: (4) não reconhecer a união estável homoafetiva seria uma lesão grave ao princípio da igualdade / reconhecê-la seria uma lesão média ao princípio da segurança jurídica.

Entende-se a posição de Trivisonno, segundo a qual seria pouco razoável interpretar como média a violação do princípio da segurança jurídica, quando se trata de uma disposição expressa e literal posta pelo Constituinte originário. Concorde-se com isso. Não obstante, o argumento trazido aos autos por Fux e outros (supra, p. 111), de que princípio formal sem base material perde força considerável, claramente torna plausível tal interpretação, retirando força do princípio da segurança jurídica apenas frente às circunstâncias particulares deste caso concreto. Seria teoricamente possível também considerar (como Trivisonno) que o grau de violação ao princípio da igualdade pelo não reconhecimento é médio, mas, ainda assim, que a ausência absoluta de materialidade argumentativa enfraqueceria tanto o princípio da segurança jurídica, que o grau de afetação estabelecido pela corte se tornaria ser leve.

Em última instância, esse argumento da absoluta falta de substância de um princípio formal poderia ser utilizado, inclusive, como critério de desempate em caso de impasse, dispensando assim o estabelecimento de uma hierarquia abstrata entre os princípios. Ainda assim, reitere-se, seria necessária a declaração da inconstitucionalidade do art. 226, §3º, da CF, pelas razões já apontadas, especialmente porque não poderiam coexistir as duas regras constitucionais – a resultante da ponderação que impõe o reconhecimento e a do art. 226, §3º (supra, p. 91 e 112). Reconhece-se que esse argumento representa uma inversão do princípio da inércia, segundo o qual não seria razoável alterar uma prática consolidada sem razão suficiente para isso – o que constitui a essência racional do respeito às regras postas e uma contrariedade absoluta ao argumento de Barroso, segundo o qual “Não há razão para se reproduzir o erro” (BARROSO, 2007, p. 16). O respeito às regras postas impõe o ônus argumentativo àquele que sustenta que determinada prática ou regra é um erro, conforme fica bem demonstrado na última seção deste trabalho.

Defende-se adiante a teoria de Robert Alexy contra algumas críticas que a identificam a um método que engessa a argumentação e que reduz a racionalidade das decisões judiciais. Demonstra-se, desde já, porém, como as escalas de graus de afetação/importância podem ser utilizadas para aumentar a clareza e a racionalidade da argumentação, ao invés de reduzi-la. A essência da ferramenta é permitir o estabelecimento parâmetros racionais de comparação e de sistematização de decisões, especialmente tomando por base a noção de que a busca por correção decisória não se limita a cada caso e a cada processo, mas perpassa um aprendizado histórico e institucional que vai da evolução jurisprudencial e do diálogo interno da corte e do Judiciário, até um diálogo externo com o

Legislativo, com o Executivo e com o discurso jurídico e moral que emana da sociedade. A aplicação de precedentes por analogia é a base do aperfeiçoamento jurisprudencial, e as escalas de grau de afetação/importância são valiosas ferramentas à disposição.

O resultado final da ponderação, numerado por Trivisonno como 2.2, consiste na prevalência do princípio da segurança jurídica sobre o da igualdade em face das circunstâncias do caso concreto e, por conseguinte, na constatação de que não há imposição constitucional no sentido de que se reconheça (ou não) as uniões estáveis homoafetivas. Assim, como resultado de uma regulamentação negativa, seria meramente permitido que o legislador tomasse a decisão que achar mais correta. Como se viu (supra, p. 110-112), caso o resultado da ponderação seja uma permissão do sistema constitucional a que o legislador reconheça ou não as uniões homoafetivas, como bem entender, deve-se concluir que: o Constituinte originário já deliberou sobre isso e a regra de competência existente já não reconhece as uniões estáveis homoafetivas, além do que, seus requisitos são condição *sine qua non* e, portanto, somente podem ser relativizados por alteração da regra ou por declaração de invalidade ao menos parcial frente a outra regra.

Conclusões: (1) é possível interpretar o caso concreto a partir de uma quarta leitura não prevista por Trivisonno, na qual não há impasse e prevalece o princípio da igualdade sobre o da segurança jurídica, face às circunstâncias particulares do caso concreto; (2) essa quarta leitura leva a um resultado equivalente ao das soluções 1 e 2.¹⁷ indicadas por Trivisonno, inclusive quanto à necessidade de declaração de inconstitucionalidade de regra constitucional; e (3) há um problema na solução escolhida por Trivisonno, numerada por ele 2.2, pois, mesmo que se chegue à conclusão de que o sistema constitucional permite que o legislador tome qualquer decisão quanto ao reconhecimento das uniões homoafetivas, não é possível estender a competência definida no art. 226, §3º, por meio de relativização de seus requisitos sem que se declare sua inconstitucionalidade, ao menos parcial.

Retomam-se essas alternativas interpretativas adiante na avaliação final das opções mais consistentes de resolução do caso.

¹⁷ 1. A lesão à segurança jurídica é mais grave que a lesão à igualdade, devendo a interpretação impositiva ser abandonada. 2. A lesão à segurança jurídica e a lesão à igualdade se equivalem. Nesse caso, a interpretação impositiva pode ser adotada (2.1) ou não (2.2) (TRIVISONNO, 2013, p. 230).

3.2.3.5.3 Interpretação extensiva e analogia

Como se mencionou durante toda a análise realizada, compreende-se que os votos da maioria dos ministros e os votos dissidentes trazem uma diferença argumentativa substancial que alteraria profundamente as consequências jurídicas e práticas da decisão. Demonstra-se a seguir que essa diferenciação também altera significativamente a ponderação em sentido estrito, realizada a partir das circunstâncias do caso concreto, permitindo identificar o que poderia ser uma nova alternativa jurídica menos gravosa, especialmente porque prescindiria da declaração de inconstitucionalidade, mesmo parcial, de regra constitucional. Trata-se da tese da lacuna a ser suprida por integração analógica.

Lewandowski definiu os três tipos de família previstos pelo legislador constitucional: casamento, união estável e monoparental (BRASIL, 2011b, p. 2160). Segundo o ministro, não seria juridicamente possível enquadrar a união entre pessoas do mesmo sexo em nenhuma dessas espécies de família (Ibid., p. 2162), tendo ficado claro o desígnio do Constituinte originário por meio das discussões travadas na Assembleia Constituinte, quando foi votado o dispositivo em tela e decidiu-se, de modo insofismável, que a união estável abrangeria, única e exclusivamente, pessoas do sexo distinto (Ibid., p. 2162).

O próprio Lewandowski ressaltou que não se trata de invocação da vontade do legislador como argumento absoluto:

É certo que o judiciário não é mais, como queriam os pensadores do século XVIII, mera §, acrílica e mecânica, admitindo-se uma certa criatividade dos juízes no processo de interpretação da lei, sobretudo quando estes se deparam com lacunas no ordenamento jurídico. Não se pode olvidar, porém, que a atuação exegética dos magistrados cessa diante de limites objetivos do direito posto (Ibid., 2163).

Não haveria, portanto, “como cogitar-se de uma mutação constitucional ou mesmo de proceder-se a uma interpretação extensiva do dispositivo em foco, diante dos limites formais e materiais que a própria Lei Maior estabelece no tocante a tais procedimentos” (Ibid.). *In claris cessat interpretatio* – afirmou o ministro.

Entretanto, segundo Lewandowski, seria possível reconhecer a união homoafetiva como entidade familiar apta a merecer proteção estatal mesmo que o texto constitucional do art. 226, §3º, seja fechado. A solução encontrada pelo ministro estaria em interpretar o rol do art. 226 como meramente exemplificativo, o que seria compatível com os valores e princípios basilares do texto constitucional (Ibid., p. 2169).

Seria semântica e geneticamente impossível encontrar, em leitura da regra do art. 226, §3º, vácuo legislativo onde há clareza, silêncio imprevisito onde há omissão explicitamente desejada. Não obstante, o mesmo não se aplicaria à afirmação de que o rol geral de entidades familiares do art. 226 é exemplificativo. Até porque, veja-se o texto do parágrafo que inclui as famílias monoparentais no rol: “§4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes” (BRASIL, 2015b). Seria extremamente difícil argumentar que há desiderato normativo de que não se criem novas entidades familiares, ou seja, a situação de abertura semântica é oposta à da regra de competência que define as uniões estáveis. Ressalte-se que, mesmo no caso do argumento de lacuna a ser preenchida, ainda é necessário considerar a omissão do legislador como uma opção contrária à integração por analogia. A diferença está na carga de argumentação e no grau de afetação ao princípio de competência do legislador democraticamente legitimado. Comprovou-se acima (supra, p. 112) que uma regra constitucional que fosse contraditória à regra do §3º do art. 226, necessariamente resultaria na invalidação total ou parcial de uma das duas. Exemplo de regra antinômica seria: “todas as entidades familiares devem ser estendidas às relações homoafetivas” (que é justamente a regra implícita posta pelo STF na decisão do caso).

Entretanto, seria possível, conviverem paralelamente e sem contradição dois regimes jurídicos de união estável, o do §3º do art. 226, que dispõe: “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”; e outro criado pelo legislador constitucional como, por exemplo, um §9º do art. 226, que dispusesse: “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, sendo vedada sua conversão em casamento” (supra, p. 112).

A solução trazida por Lewandowski (integração de lacuna por analogia), que consiste basicamente na tese secundária de Barroso, mas mais detalhada, teria efeitos bastante similares aos da tese principal (interpretação extensiva), retirando as relações homoafetivas “da clandestinidade jurídica em que se encontram, reconhecendo-lhes a existência no plano legal, mediante seu enquadramento no conceito abrangente de entidade familiar” (BRASIL, 2011b, p. 2169). Mais uma vez, como ele próprio afirmou: “não se está, aqui, a reconhecer uma ‘união estável homoafetiva’, por interpretação extensiva do §3º do art. 226, mas uma ‘união homafetiva estável’, mediante um processo de integração analógica” (Ibid., p. 2170).

É uma situação correlata a essa que pautou a demonstração de Bobbio da existência de lacunas e incompletude do sistema. Segundo o autor, uma norma geral exclusiva

implica que aquilo que não está previsto na norma particular deve ter uma disciplina oposta ao que está previsto. Entretanto, o sistema pode trazer uma “norma geral inclusiva, segundo a qual em caso de comportamento não-regulamentado deve-se regulamentá-lo do mesmo modo que o caso semelhante” (Ibid., p. 138-139). Para Bobbio, esses seriam grandes exemplos de casos a serem integrados por analogia. A definição é perfeitamente coerente com o que se defende neste trabalho, feitas as ressalvas a respeito das lacunas supra (p. 67-68). Trata-se precisamente da existência de um comando constitucional explícito que restringe uma regra de competência, excluindo de forma geral as relações homoafetivas do regime jurídico por ela criado, ao passo que também se identifica um mandamento geral de inclusão igualitária. A solução seria uma norma particular inclusiva que integre a lacuna por analogia

Como se viu (supra, p. 83-84), Trivisonno rechaçou a diferença entre as duas teses, tal como a diferença entre interpretação extensiva e analogia. O autor afirmou que “a diferença entre interpretação extensiva e analogia é uma diferença não só de difícil verificação em casos concretos; ela parece ser uma distinção arbitrária” (TRIVISONNO, 2013, p. 222). Retomam-se os conceitos trazidos pelo próprio Trivisonno em seu ensaio para decidir a respeito da pertinência ou não da distinção. Como o autor mesmo indicou (Ibid., p. 215) para criticar o argumento da interpretação extensiva utilizado por alguns ministros, Francesco Ferrara (2002, p. 40-44) identificou três formas de classificação da interpretação: extensiva, declarativa e restritiva. A extensiva equivaleria a concluir que “a lei disse menos do que queria dizer”; a declarativa, “a lei disse exatamente o que queria dizer”; e a restritiva, “a lei disse mais do que queria dizer”.

Em pé de página (TRIVISONNO, 2013, p. 222-223), Trivisonno também se referiu à distinção feita por Bobbio, segundo a qual “o efeito [da analogia] é a criação de uma nova norma jurídica [e] o efeito [da interpretação extensiva] é a extensão de uma norma para casos não previstos por essa” (BOBBIO, 1999, p. 155). Bobbio indicou que, normalmente, a distinção entre os institutos é especialmente útil para o direito penal, campo do direito no qual a extensão analógica seria comumente proibida, mas haveria hipóteses em que seria possível aplicar a interpretação extensiva. O que se defende é que, no caso concreto estudado, uma das alternativas de solução seria justamente constatar o oposto: que a interpretação extensiva do art. 226, §3º, é vedada, e, para fazê-la, seria necessário declarar a inconstitucionalidade ao menos parcial da regra; ao passo que a integração de lacuna por analogia seria possível, demandando a superação de uma carga argumentativa significativamente menor.

Vê-se com clareza que os conceitos se aplicam às teses principal e secundária de Barroso com perfeição. Ao passo que a primeira solução perpassa a imposição do reconhecimento por meio de extensão do próprio conceito de união estável previsto por regra constitucional, a segunda consistiria em criar uma nova posição jurídica, uma nova competência, análoga à primeira, mas posta por uma nova regra. **Este caso seria, portanto, um grande emblema de que a distinção entre os conceitos de interpretação extensiva e de integração por analogia não só é possível, mas também razoável e útil.**

Segundo o conceito de Ferrara, a tese principal de Barroso, que prevaleceu no julgamento e determinou a decisão do STF, poderia ser sintetizada pelo seguinte enunciado: a partir de uma leitura sistêmica da Constituição, o texto legal disposto no art. 226, §3º, da CF, disse menos do que queria dizer. Demonstrou-se que essa interpretação é semântica e logicamente impossível. O que se chama de tese da interpretação extensiva aqui, é uma tese que afirma que uma leitura sistêmica da Constituição deve concluir pela existência de uma regra implícita, fundada principalmente nos princípios da igualdade e da não discriminação em função de orientação sexual, que estenda o conceito jurídico disposto no art. 226, §3º, às uniões homoafetivas. Tal regra, como bem demonstra a teoria de Alexy, seria fruto de um sopesamento entre princípios. Reforce-se uma vez mais: mesmo que implicitamente, trata-se inevitavelmente de declarar a inconstitucionalidade, ao menos parcial, de uma regra constitucional.

Diferentemente do que faz Trivisonno, opta-se por não adotar o princípio da segurança jurídica como principal princípio colidente ao princípio material da igualdade. Prefere-se invocar como princípio mais contundente o da competência do legislador democraticamente legitimado, o qual incorpora o da segurança jurídica como complementar, mas se refere com mais ênfase à questão central do caso: o paradoxo da democracia e os limites do controle de constitucionalidade. Lewandowski fez referência correta ao “art. 60, §4o, III, o qual erige a “separação dos Poderes” à dignidade de “cláusula pétrea”, que sequer pode ser alterada por meio de emenda constitucional” (BRASIL, 2011b, p. 2163). É justamente desse dispositivo, combinado com o art. 2º da CF: “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (Ibid.), que se retira o princípio, ressaltando a máxima alexyana segundo a qual: cabe ao tribunal definir os limites das competências do legislador, mas essa delimitação não é livre, pois o tribunal constitucional também está vinculado ao princípio democrático de que as decisões relevantes para a sociedade devem ser tomadas pelo legislador democrático.

Reconhece-se que ambas as teses (principal: interpretação extensiva; e secundária: integração por analogia) são obtidas, dentre as soluções de ponderação em sentido estrito apontadas por Trivisonno (TRIVISONNO, 2013, p. 228-229). Ambas concluem pela precedência dos princípios materiais da igualdade e da não discriminação em virtude de orientação sexual sobre os princípios formais da competência do legislador democraticamente legitimado e da segurança jurídica. Entretanto, são duas as principais diferenças entre elas: a primeira consiste no fato de que a tese da integração por analogia pode ser aplicada sem que haja declaração de inconstitucionalidade, mesmo parcial, da regra do art. 226, §3º, da CF; a segunda, e esse é o ponto ao qual se dá maior ênfase, são os graus de afetação que cada uma delas impõe aos princípios colidentes.

Quanto ao grau de afetação de cada uma das teses aos princípios formais (competência do legislador e segurança jurídica), é nítida a considerável discrepância entre as duas situações. A tese da interpretação extensiva viola frontalmente disposição semanticamente clara e insofismável do §3º, do art. 226, da CF; vai de encontro à vontade do Constituinte originário expressa nos anais da Assembleia Constituinte; e ainda declara a inconstitucionalidade de regra constitucional, contra jurisprudência emblemática firmada pelo Min. Moreira Alves na ADI 815-3. A tese da integração por analogia, por sua vez, enfrenta a questão acerca do caráter exaustivo ou exemplificativo do rol de entidades familiares do art. 226; o limite semântico de compatibilidade existencial de dois regimes jurídicos denominados união estável – hetero e homoafetiva; e o argumento de que a omissão do Constituinte originário em regulamentar um regime jurídico próprio foi uma escolha legítima reiterada pelo Constituinte derivado.

Todos esses argumentos foram estudados acima, com uma menor atenção dada, talvez, aos dois últimos. Com relação a eles, basta constatar que não se equivalem o afastamento de um requisito expresso de uma regra de competência positivada e um desígnio implícito do legislador de que se interprete uma lista como exaustiva – a taxatividade identificada em uma regra de competência não se estende necessariamente a uma lista de competências, a menos que a taxatividade da lista também seja expressa. O silêncio da regra do art. 226, §3º, como se viu, é o silêncio eloquente por excelência, o da lista, não, a menos que se entenda não ser possível a coexistência harmônica das duas regras de competência não contraditórias, descritas acima (p. 112). A importância da omissão do legislador, por sua vez, além de subjetiva, não poderia se equiparar à importância de uma regra posta.

Quanto ao grau de afetação de cada uma das teses aos princípios materiais, é importante retomar a diferenciação entre os dois tipos direitos que adviriam do reconhecimento da competência das uniões estáveis como se regimes jurídicos familiares fossem (supra, p. 116-119): (i) direitos a atos jurídicos com valor predominantemente substancial contratual, previdenciário, sucessório, etc.; e (ii) direitos a atos jurídicos com valor predominantemente simbólico. Quanto ao primeiro grupo, constituído por direitos contratuais e prestacionais, é clara a estreita semelhança entre os efeitos das duas teses. Foi unânime a decisão quanto à constatação de que existe um mandamento constitucional em favor da extensão desse núcleo de direitos fundamentais às uniões homoafetivas. Como se viu, esses atos jurídicos nucleares compõem, em grande parte, o aumento da liberdade jurídica proporcionada pela regra de competência em questão. Lewandowski acertou ao dizer que também por meio da integração por analogia permitir-se-ia que a formalização e o reconhecimento das uniões homoafetivas pelo direito, independentemente do conceito adotado ou do nome dado a elas, retirasse-as da clandestinidade.

Quanto ao segundo grupo, constituído pelos direitos ao reconhecimento, relembra-se o conceito de direito ao reconhecimento, proposto por Lopes J.: “o direito ao reconhecimento teria dois significados distintos: (i) direito à diferença e (ii) direito à retirada de valoração negativa de certa identidade” (supra, p. 70). Apontou-se, nesse sentido, para a inexorável separação entre os conceitos jurídicos positivados e os significados fluidos e variados que habitam o discurso prático coletivo. Se fosse levada a ferro e fogo a distinção entre os valores positivados pelo direito e os valores presentes no discurso social, ter-se-ia necessariamente que concluir pela inadequação da conquista simbólica do reconhecimento jurídico das uniões estáveis homoafetivas como meio hábil a combater a estigmatização dessa minoria. Entretanto, José Reinaldo de Lima Lopes demonstrou que não apenas há uma vinculação importante entre os dois âmbitos valorativos, o jurídico e o social, mas também que há fortes evidências históricas de que a positivação de valores emancipatórios exerce um papel positivo de interrupção das espirais do ódio, como já teria acontecido, segundo o autor, com as mulheres e com os negros. Reiterando as palavras de Lopes J.:

A diferença é, pois, um constructo histórico; e o direito não joga um papel neutro nessa construção: ao contrário, o direito – os ordenamentos jurídicos – ajuda a naturalizar as diferenças e as desigualdades comuns na cultura. A mudança no direito não apenas se segue às mudanças culturais, mas ajuda a promovê-las (LOPES J., 2005, p. 73).

É necessário, portanto, partir dessa premissa para ponderar qual a efetiva diferença entre o efeito simbólico do reconhecimento de cada alternativa de posição jurídica:

“união homoafetiva estável” e união estável homoafetiva, tendo a segunda, como consequência jurídica, a extensão também do conceito de casamento às uniões homoafetivas.

É inegável a importância da conquista do reconhecimento e da afirmação do direito da minoria estigmatizada à ocupação dos espaços simbólicos na sociedade, inclusive por meio da apropriação da igualdade de acesso aos espaços simbólicos positivados pelo direito, como o conceito de família, de entidade familiar, de união estável e de casamento. Entretanto, para poder ponderar corretamente entre as duas alternativas que foram defendidas pelos ministros do STF, é preciso responder à pergunta: é significativa a diferença entre a importância simbólica do reconhecimento do direito dos homossexuais a (1) constituírem união homoafetiva estável (conforme definida por Lewandowski); e (2) constituírem união estável homoafetiva (segundo o regime jurídico do art. 226, §3º) e, por conseguinte, ao casamento? A segunda e principal pergunta seria: a importância dessa diferença é suficiente para superar a diferença entre os graus de afetação de cada uma das teses aos princípios formais colidentes (competência do legislador e segurança jurídica)? O STF, por meio de sua decisão, implicitamente deu resposta afirmativa a ambas as perguntas, optando pela tese principal.

Deixa-se uma reflexão final antes de sintetizar criticamente as alternativas de decisão identificadas: partindo do pressuposto de que em ambas as soluções (tese principal e tese secundária) todos os direitos substanciais são reconhecidos, como os previdenciários, assistenciais, sucessórios, contratuais, entre outros; o que resta é uma disputa puramente simbólica. O direito de acesso das uniões homoafetivas à mesma posição jurídica das uniões heterossexuais, isso é, ao mesmo rótulo jurídico, seja o de união estável do art. 226, §3º, seja mesmo o de casamento, é por si só, é um direito fundamental? Por si só, a não extensão de tais conceitos jurídicos aos homossexuais, mesmo que seu núcleo substancial lhes seja garantido, constituiria violação grave a sua dignidade, igualdade e liberdade? A maior parte das grandes democracias ocidentais, ainda hoje, entende que não.

Mesmo que se acredite, como de fato acredita-se, que deveria haver a extensão total, inclusive dos rótulos jurídicos de casamento às uniões homoafetivas, a questão que se coloca é se é papel do Judiciário decidir isso, especialmente quando é expressamente contrária a vontade positivada do Constituinte originário, reiterada por uma omissão consciente do Constituinte derivado. No campo simbólico, a disputa é puramente moral e a afetação aos valores defendidos por ambos os lados é certamente muito menos grave do que a negação de direitos civis substanciais inerentes às posições jurídicas reconhecidas no art. 226 da CF.

Caberia ao Judiciário arbitrar disputas simbólicas da sociedade ou decretar a falência de uma concepção moral hegemônica? O papel da promoção pedagógica do reconhecimento não caberia ao Executivo e ao Legislativo, como, por exemplo, foi o caso das tentativas feitas e descritas no pano de fundo político supra (p. 48-52)?

3.2.3.6 Alternativas finais de decisão

Partindo de todo o exposto acima, e eliminando as soluções claramente incompatíveis com o sistema constitucional, seriam três as alternativas finais de decisão: (1) interpretação extensiva do conceito de união estável do art. 226, §3º, da CF; (2) identificação de lacuna a ser preenchida por meio de analogia que criaria uma nova modalidade de união estável, nos termos do voto do Min. Lewandowski: uma “união homoafetiva estável”, estendendo-lhe todos os direitos substanciais inerentes às relações homoafetivas; e (3) prevalência dos princípios da competência do legislador democraticamente eleito e da segurança jurídica, sendo o resultado final da ponderação em sentido estrito o de que o sistema constitucional apenas permite que o legislador reconheça ou não as uniões homoafetivas, como bem entender.

Quanto à alternativa (3), defendida por Trivisonno, é importante ressaltar que ela passou por uma nova leitura neste trabalho (supra, p. 110-112), segundo a qual dela não decorre uma permissão ao legislador para, por meio de lei ordinária, estender o regime jurídico previsto no art. 226, §3º, da CF, às uniões homoafetivas. A única forma estender às uniões homoafetivas o regime jurídico já previsto nesse dispositivo é por meio de emenda constitucional ou de declaração de inconstitucionalidade da regra, ao menos parcial. Quanto à possibilidade de regulamentação por meio de lei infraconstitucional, seriam duas as possibilidades que efetivamente adviriam dessa solução: (3.1) o sistema constitucional permite que o legislador ordinário crie regime jurídico próprio para as uniões homoafetivas; e (3.2) o sistema constitucional exige emenda constitucional, mesmo para a criação de novo regime jurídico familiar. Existiria a possibilidade de o STF decidir entre estas duas alternativas, mas isso somente poderia acontecer em face de uma ação constitucional que tivesse como objeto uma lei ordinária que efetivamente determinasse a criação de regime jurídico análogo. Seria um caso concreto com circunstâncias muito diferentes das que se estudou aqui e que requereria uma reflexão bastante diferenciada, por essa razão, infelizmente

não se concluirá fundamentadamente em favor de uma ou outra, mesmo que se tenda, a princípio, a favorecer a alternativa (3.1) em detrimento da alternativa (3.2).

Quanto à alternativa (1), como foi dito anteriormente, não haveria equívoco nenhum na decisão se o STF tivesse fundamentado a escolha, prevendo suas implicações jurídicas e assumindo o ônus argumentativo e institucional de se posicionar firmemente a favor da posição, declarando expressamente a inconstitucionalidade da regra constitucional prevista no art. 226, §3º. Como se viu, seria necessário, para isso, rever a jurisprudência da corte firmada por meio da decisão da ADIN 815-3, do relator Moreira Alves. Já se concordou com a plausibilidade dessa decisão, afinal, foi unânime entre os ministros o entendimento de que a restrição do instituto exclusivamente ao homem e à mulher é perversa. Se o constituinte originário optou expressamente por regulamentar um regime jurídico familiar de forma perversa, é porque o precedente da corte deve mesmo ser revisto. Essa seria, inclusive, a solução mais condizente com a postura de sinceridade e de reconhecimento do arcabouço histórico que circunda o intérprete, propugnada pelo atual paradigma hermenêutico.

O que acabou prejudicando a decisão foi a forma com que foi tomada, pois saltou aos olhos o fato de o STF não ter nem ao menos considerado o ônus argumentativo imposto pelo sistema constitucional à redefinição dos limites positivados do instituto do casamento e à declaração de inconstitucionalidade a regra do art. 226, §3º, a qual, mesmo que perversa, refletia concepção majoritária. Já seria tecnicamente problemático se o STF não tivesse suprido satisfatoriamente tal demanda argumentativa, mas nem ao menos considerá-la fere diretamente o art. 93, IX, da CF, e coloca em cheque todo o arcabouço de valores democráticos que hoje sustenta a corte. As implicações jurídicas destacadas (supra, p. 116 e seg.) foram obtidas por meio de subterfúgios hermenêuticos insidiosos que omitiram parcialmente as implicações das ações constitucionais e alteraram retroativamente a história institucional da democracia brasileira, declarando implicitamente a inconstitucionalidade de regra posta pelo Constituinte originário sem, contudo, remover a mácula simbólica que persiste no texto da Constituição Federal. Fazê-lo abertamente seria uma decisão racional e coerente, a qual se poderia defender, mas que produziria efeitos jurisprudenciais bastante distintos, especialmente com relação ao papel da corte frente ao paradoxo democrático.

Poder-se-ia argumentar que a saída hermenêutica de evitar o sentido insofismável da regra do art. 226, §3º, da CF, seria pragmaticamente melhor, pois rever o precedente da ADI 815-3 abriria ainda mais margem à arbitrariedade da corte, submetendo o sistema constitucional a uma jurisprudência dos valores (STRECK, 2009). Responde-se a essa

alegação dizendo que um argumento pragmático não deveria prevalecer sobre um argumento de princípio e, mesmo que sim, a saída hermenêutica insincera empregada por Barroso já abriu essa porta sem, contudo, admitir. Essa hermenêutica da textura frouxa da lei, que tem se tornado cada vez mais frequente, permite que o STF decida como bem entender, mas sem nem ao menos arcar com ônus argumentativos maiores, como, seria o de rever a decisão da ADI 815-3. É melhor que se admita francamente a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade de regras constitucionais discriminatórias, impondo ao STF uma carga argumentativa pesada, de forma que essas situações sejam excepcionais. De qualquer forma, é imprescindível que haja respeito ao art. 93, IX, da CF, e sejam adequadamente fundamentadas as decisões.

Quanto à alternativa (2), essa seria uma boa saída caso o STF entendesse, como fizeram os ministros dissidentes, que não havia razões suficientes para rever o precedente estabelecido na ADI 815-3, mas que seria indispensável reconhecer a união homoafetiva como entidade familiar, estendendo-lhe os direitos da união estável por meio da criação de um novo regime jurídico distinto do previsto no art. 226, §3º, da CF.

Posiciona-se a favor da solução (2), por entender-se que foram pelo menos três as consequências que tornaram a alternativa final (1) consideravelmente mais gravosa que ela: o precedente a partir dela gerado permite que o Judiciário reescreva preceitos constitucionais originários, afastando regras constitucionais expressas e inequívocas; O STF assumiu um grande risco de consequências fáticas e jurídicas imprevistas no momento da decisão por ministros que, ao contrário dos representantes legislativos, não têm como função primordial analisar questões políticas e práticas; e se estenderam automaticamente regimes jurídicos ainda mais fechados e ritualizados pelo legislador, adentrando o núcleo simbólico do conceito de família estabelecido pelo Constituinte originário, em especial quanto ao instituto do casamento.

Tanto a solução (1) quanto a solução (2) permitiriam superar de forma equivalente a grave afetação aos direitos substanciais das uniões homoafetivas. A questão da diferença entre elas seria, portanto, predominantemente simbólica. Apesar de ser importante o reconhecimento de uma minoria estigmatizada e a interrupção da espiral do ódio a ela, a diferença entre os efeitos de estender-se o rótulo jurídico de casamento ou somente o de união estável às relações homoafetivas não é impactante o suficiente para justificar a declaração de inconstitucionalidade de uma regra posta pelo Constituinte originário. Ficaria resguardado o

núcleo de direitos fundamentais das uniões homoafetivas sem alterar profundamente a atual dinâmica constitucional.

Em conclusão, partindo da leitura de que há dois propósitos principais na decisão do STF, um explícito de reconhecer as uniões estáveis como regime jurídico familiar garantindo-lhe direitos fundamentais e um implícito de preservar a jurisprudência da corte segundo a qual não existe hierarquia entre normas constitucionais; entende-se que a tese secundária, que prevê integração do sistema normativo por analogia, seria um meio-termo razoável. A tese principal, por meio da qual o STF interpretou extensivamente o dispositivo legal que previa o regime das uniões estáveis entre pessoas de sexos diferentes, seria defensável, desde que adequadamente fundamentada. Concorde-se com o STF que não seria compatível com o sistema constitucional vigente, pelas razões já apresentadas, não reconhecer às uniões homoafetivas nem ao menos os direitos substanciais por analogia às uniões estáveis, de forma que não seria razoável a interpretação de que a Constituição apenas permite que o legislador aja com discricionariedade quanto à questão, ela de fato impõe o reconhecimento.

3.2.3.7 Críticas frequentes à ponderação e as respostas de Alexy

São frequentes as críticas à teoria de Alexy, especialmente em relação à técnica de ponderação e aos critérios de racionalidade que a norteiam. Alega-se que seria uma ferramenta que busca engessar a aplicação do direito em uma versão limitada da racionalidade humana. Bernardo Gonçalves Fernandes afirmou: “a decisão que se alcança por meio da ‘proporcionalidade’ não está aberta a uma construção que deveria se dar por meio do diálogo (ou discurso) no qual todos os destinatários da decisão poderiam tomar parte na condição de co-autores da mesma” (GONÇALVES, 2010, p. 94).

Essa crítica, feita por Fernandes a partir de leitura de Habermas (1998, p. 332), identificou na suposta ausência de abertura e de potencial de inclusão de participantes uma grave falta de legitimidade da decisão tomada por meio do método alexyano. Seria insuficiente a “mera construção de um argumento que não é posto para o grifo da crítica de uma sociedade aberta, que no paradigma do Estado Democrático de Direito reclama por condições sempre crescentes de participação e inserção no processo de tomada de decisão estatal” (GONÇALVES, 2010, p. 95). São bastante compreensíveis a crítica de Gonçalves ao método e a resistência geral da comunidade jurídica brasileira às fórmulas apresentadas por Alexy. Defende-se Alexy ressaltando que o próprio autor é sempre o primeiro a considerar a

ressalva feita por Habermas, que visa a buscar uma maior legitimidade discursiva para as decisões.

Desde a “Teoria de Argumentação Jurídica”, Alexy constrói sua teoria a partir de leitura própria dos conceitos habermasianos, como, por exemplo, a situação ideal de fala, que consistiria, grosso modo, na igualdade de direitos entre os falantes, na impossibilidade de coerção e na liberdade de transição do discurso entre seus vários níveis, o que deve incluir a possibilidade de se questionar até mesmo o arcabouço cognitivo e linguístico mais basilar da coletividade (RIBEIRO NETO, 2011, p. 15-19). Comprova-se isso pela própria utilização dos cânones interpretativos trabalhados nesta seção, à qual Alexy impõe a exigência de saturação como critério de racionalidade. Saturar um argumento é apresentar suas premissas empíricas ou normativas, cuja verdade ou correção pode ser objeto de novas discussões (o que se fez, por exemplo, com o argumento histórico-teleológico de Barroso). A imposição de uma precedência *prima facie* em favor dos cânones diretamente vinculados ao direito positivado e às regras explícitas parte de regras do discurso, como a da liberdade de apresentação de argumentos, deduzida da igualdade de direitos entre os falantes, e da regra de ponderação, fundada no princípio da universalidade, ambas noções habermasianas (RIBEIRO NETO, 2011, p. 29-30).

Em suma, para Alexy, “a ponderação não é possível sem o discurso, e as formas de argumento ou os esquemas de inferência discursiva incluem a estrutura da ponderação” (ALEXY, 2005a, p. 577, tradução nossa). A resposta final de Alexy a Habermas poderia ser sintetizada pela assertiva: “*one can counter Habermas’s irrationality objection by saying that balancing is as rational as discourse. If practical discourse were not rational, there would be no practical rationality at all*” (Ibid.).

No posfácio à obra “Teoria dos Direitos Fundamentais”, de 1985, Alexy responde diretamente à crítica habermasiana: “embora o sopesamento nem sempre determine um resultado de forma racional, isso é em alguns casos possível, e o conjunto desses casos é interessante o suficiente para justificar o sopesamento como método” (ALEXY, 2008, p. 594). O autor demonstra como as escalas de grau de afetação/importância, utilizadas pela ponderação, são essencialmente intuitivas e especialmente úteis para facilitar a compreensão e avaliação das decisões judiciais fundadas em princípios.

Alexy deu resposta ainda mais contundente à questão no artigo “*Balancing, constitutional review and representation*” (2005a). Segundo o autor, somente teria razão a

crítica habermasiana, caso não fosse possível fazer juízo racional acerca dos graus de afetação e de importância e acerca da relação entre eles. Alexy demonstra que é possível (ALEXY, 2005a, p. 575), demonstração que se pretende reiterar por meio desta análise crítica, como Trivisonno fez recorrendo a uma escala triádica de graus de afetação/importância. Os questionamentos feitos por este trabalho quanto à escala utilizada demonstram que seu propósito principal não é a mecanização do direito, mas, sim, uma empreitada por clareza e compreensibilidade.

Alexy também enfrenta o problema da legitimidade do ponto de vista do paradoxo da democracia, cujo ponto fulcral recai sobre a margem de discricionariedade do controle de constitucionalidade frente à competência do legislador democraticamente legitimado. No posfácio à obra de 1985, Alexy trabalha o conceito de discricionariedade em suas variadas formas, estruturais e epistêmicas, e como a teoria da proporcionalidade as abarca. Partindo do arcabouço teórico ali posto, o *paper* de 2005 traz uma forte resposta ao problema da racionalidade das decisões. A legitimidade das cortes constitucionais adviria de uma representação argumentativa.

Em suma, a crítica à teoria da proporcionalidade afirma que: “The path of discursive constitutionalism that begins with constitutional rights and continues with balancing, discourse, and constitutional review ends with an illusion, in which the legitimation of everything is possible” (Ibid., p. 580). Ao que Alexy responde que, em primeiro lugar, o controle de constitucionalidade argumentativo ou discursivo não permite qualquer resposta, e, em segundo lugar, o controle de constitucionalidade como representação pode retratar o que as pessoas realmente pensam. Quanto ao problema da única resposta, como bem apontou Trivisonno, Alexy mantém sua posição original segundo a qual se papel como ideia regulativa seja algo que não existe, mas como ideal a ser perseguido teria importante função para o direito (TRIVISONNO, 2014, p. 43).

Como já dito, espera-se ter demonstrado, por meio da análise crítica feita nesta dissertação, que isso não somente é verdade, mas também que uma ponderação explicitada proporciona maior transparência e identidade com o discurso emanado da sociedade do que as herméticas concepções hermenêuticas que foram utilizadas durante o julgamento. Especialmente nos casos de impasse, como pode ser interpretado o caso estudado, nos quais, Alexy destaca: “*In cases of stalemate the legislator has discretion, and the discretion of the legislator is necessary if the constitution is not to decide each and every legal question*”. Como se verá com maior precisão na próxima seção, a clareza e a sinceridade das motivações

das decisões judiciais são imprescindíveis para a manutenção e aperfeiçoamento da qualidade da democracia por meio de um amadurecimento jurisprudencial que preserve a segurança jurídica e o equilíbrio institucional, contendo a arbitrariedade e o subjetivismo.

4 O PAPEL ASSUMIDO PELO STF

Nesta seção, faz-se um apanhado geral do que foi produzido até aqui, relacionando a leitura histórica presente na primeira seção à análise crítica do discurso jurídico que fundamentou a decisão tomada pelo STF no caso do reconhecimento das uniões homoafetivas no Brasil. Contrapõe-se a visão conciliadora e temperada que pautou toda esta pesquisa com as duras críticas feitas por Lênio Streck às ações constitucionais analisadas.

Recorre-se às clássicas metáforas que representam a atuação das cortes constitucionais, conforme descritas por Conrado Hübner Mendes, fazendo-se uma diferenciação entre o papel que os ministros acreditam ter exercido e os efeitos verdadeiros de sua atuação. Fundamenta-se uma crítica à atuação da corte como guardião da Constituição e seus efeitos nocivos ao equilíbrio institucional da democracia brasileira.

Dá-se especial relevância ao mandamento da motivação das decisões e à postura sincera do intérprete e do aplicador do direito, destacando sua importância direta para a legitimação do discurso jurídico e da atuação da corte.

Ao final, embasam-se algumas reflexões e conclusões normativas acerca do excesso identificado na decisão do STF a forma de busca por espaço e por reconhecimento no âmbito discursivo de uma coletividade.

4.1 A crítica de Lênio Streck à ADPF 132

O Min. Gilmar Mendes trouxe em seu voto, no julgamento da ADPF 132, a forte crítica feita por Lênio Streck às ações constitucionais estudadas em julho de 2009. Acredita-se que é importante repassar os principais pontos de sua crítica para poder temperar a posição mais conciliadora assumida por esta pesquisa. Streck identificou, no problema da hierarquia entre normas constitucionais, aprofundado acima (p. 87-88), “uma verdadeira jurisprudência da valoração, que leva à repriminção da ideia superada de que poderia haver normas constitucionais inconstitucionais” (STRECK, 2009). Segundo ele, regulamentar as uniões homoafetivas por meio de decisão do STF configuraria um “terceiro turno” do processo constituinte.

Em suma, o autor não aceita a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade de uma regra posta pelo Constituinte originário por todas as razões apontadas ao longo deste estudo, especialmente pela clareza semântica do texto, da vontade explícita do legislador nos anais da Constituinte e do precedente da ADI 815-3, que teria superado uma era de arbitrariedade jurisprudencial em que a corte poderia decidir quais valores constitucionais têm prioridade. Fazê-lo, para Streck, seria inaugurar uma era de "bons ativismos judiciais para resolver questões que a sociedade em constante evolução acarreta e que os meios políticos de decisão (mormente o Legislativo) não conseguem acompanhar" (Ibid.). Para Streck não existe bom ativismo judicial ou mau ativismo judicial. Abrir as portas para tal diferenciação seria delegar a resolução das questões mais importantes da sociedade ao Judiciário, o que fragilizaria a produção democrática do direito.

Streck retomou o argumento da PGR, segundo o qual se poderia interpretar a restrição do art. 226, §3º, da CF, ao homem e a mulher como exemplificativa. Interpretar assim o texto constitucional corresponderia a transformar o Tribunal em um órgão que deteria poderes permanentes de alterar a Constituição, "estando a afirmar uma espécie caduca de mutação constitucional que funcionaria, na verdade, como um verdadeiro processo de alteração formal da Constituição, reservado ao espaço do Poder Constituinte derivado pela via do processo de emenda constitucional" (Ibid.).

Streck ressaltou os graves efeitos colaterais que uma intervenção desta monta do Poder Judiciário no seio da sociedade produz. Segundo o autor: "há problemas que simplesmente não podem ser resolvidos pela via de uma ideia errônea de ativismo judicial. O Judiciário não pode substituir o legislador" (Ibid.). Se a democracia ficasse à mercê do gosto pessoal dos representantes do Poder Judiciário¹⁸, "os próprios interesses dos homossexuais estariam em risco, posto que a regulamentação das relações entre pessoas do mesmo sexo dependeria da "opinião" e da "vontade" daquele que julga a causa" (Ibid.). Para Streck:

A decisão deve ser construída no contexto de uma sociedade dialogal, em que o Poder Judiciário tem sua função que não consiste em legislar. Em suma, uma questão como essa, justamente pela importância da qual está revestida, não pode ser resolvida por determinação de um Tribunal. É necessário que haja uma discussão mais ampla, que envolva todos os seguimentos da sociedade, cujo locus adequado encontra-se demarcado nos meios democráticos de decisão (Ibid.).

¹⁸ Referência à obra de Ronald Dworkin, "Sovereign Virtue" (2002).

Lênio Streck identificou bem a existência atual de uma forte e perigosa tendência da comunidade jurídica de recorrer ao Judiciário para sanar omissões legislativas. Ele apontou como especialmente problemática a utilização reiterada do argumento de omissão legislativa, presente tanto na inicial da PGR quanto, como se viu, nas fundamentações dos votos dos ministros (supra, p. 74-78). Para Lênio, nem mesmo o mecanismo utilizado (ADPF) seria apto a sanar a "omissão do legislador". Segundo ele, em casos de omissão, o correto seria a propositura de mandado de injunção (art. 5º, LXXI da CF). “O mandado de injunção é ação de efeitos concretos que manteria o equilíbrio institucional entre os poderes da república, enquanto que a ADPF, pela sistemática dos efeitos da decisão, faz com que o Judiciário haja como se legislador fosse” (STRECK, 2009), isso é: criando uma regra geral e abstrata. Como Trivisonno, Streck identificou que o efeito da decisão nesse caso é muito mais grave, pois interferiria na própria dinâmica constitucional, o deferimento das ações provocaria um rompimento com a própria ordem constitucional, alterando formalmente o texto do § 3º do art. 226 – o que de fato se constatou por meio da declaração de inconstitucionalidade da regra, mesmo que implícita. Ainda assim, Streck defendeu que “nem mesmo o *mandamus* injuntivo não teria espaço constitucional, pelo simples fato de que o texto constitucional aponta para o contrário da pretensão. Ou seja, não é possível superar o limite do texto: levemos o texto (constitucional) a sério” (Ibid.).

Permitir que o Poder Judiciário colmate lacunas (terminologia que foi utilizada pelos ministros) do Constituinte, originário ou derivado, seria incentivar a criação de uma Constituição paralela, na qual seria “estabelecido, a partir da subjetividade dos juízes, aquilo que não constou no pacto constituinte” (STRECK, 2009). O autor ressaltou que o fato de permitir-se ao Judiciário que efetue "correções à legislação (filtragem hermenêutico-constitucional e controle *stricto sensu* de constitucionalidade) não significa que possa, nos casos em que a própria Constituição aponta para outra direção, construir decisões legiferantes” (Ibid.).

Streck fez uma ressalva parecida com a que foi feita quando se analisou o argumento semântico. Segundo ele, quando se assevera:

[...] que os limites semânticos do texto devem ser respeitados (minimamente), como no caso do problema envolvendo a união de pessoas do mesmo sexo, não se pode concluir de nossa abordagem um inexplicável viés de contenção judicial em benefício de uma estrita exegese, de acordo com a literalidade da norma. Longe disso! Não é possível imaginar que estamos aqui a pregar uma modalidade de *laissez-faire* hermenêutico. **É preciso insistir: dizer que o sentido não está à disposição do intérprete é**

diferente de dizer que há uma "exegese de estrita literalidade" (Ibid., grifos nossos).

Como bem destacou o autor: “em uma democracia representativa, cabe ao Legislativo elaborar as leis (ou emendas constitucionais)” (Ibid.). Os pré-compromissos firmados pelo Constituinte originário só poderiam ser liberados pelo legislador competente no uso do poder constituinte derivado. “Se tudo o que não está previsto na Constituição pode ser ‘realizado’ pelo Poder Judiciário, não precisaríamos sequer ter feito a Constituição: o Judiciário faria melhor (ou o Ministério Público!)” (Ibid.).

A conclusão de Lênio Streck foi especialmente contundente e, por essa razão, transcrita na íntegra:

Em suma: propugnando sempre pela preservação do grau de autonomia atingido pelo direito e na democracia, pensamos que melhor mesmo é confiar na Constituição e na forma que ela mesma impõe para a sua alteração e à formulação de leis. **Afinal, duzentos anos de constitucionalismo deveria nos ensinar o preço da regra contramajoritária.** E, numa palavra final: quando a Constituição não diz o que gente quer, não dá "alterá-la" ou "esticá-la" a partir de princípios construídos ad hoc. **Não se altera a Constituição por intermédio de ativismos judiciais. Quem sabe deixemos isso ao parlamento?** Ou isso, ou entreguemos tudo às demandas judiciais! Mas, depois, não nos queixemos do "excesso de judicialização" ou de "ativismos"...! Isso as vezes é "bom"; as vezes é "ruim"...! (Ibid.).

A posição de Lênio é muito mais radical do que a que foi defendida neste trabalho. Ela se aproxima da conclusão final de Trivisonno, mas apresenta uma crítica muito mais pautada pelo papel que as cortes democráticas devem ter em uma democracia, enquanto Trivisonno se pauta especialmente pela crítica interna da decisão, principalmente por meio de uma análise crítica minuciosa da argumentação. Seguiu-se o caminho de Trivisonno para comprovar a tese intermediária pela via analítica, agora trilha-se o caminho metodológico de Lênio para tentar demonstrar como a tese defendida se coaduna com o papel que se espera que a corte exerça.

Antes de prosseguir, porém, com o intuito de ressaltar a diferenciação entre a posição defendida por este trabalho e a de Lênio Streck, retoma-se a reflexão feita acima (supra, p. 138-139), para desenvolver um raciocínio que permite concluir que a tese defendida é um meio-termo razoável que preserva o núcleo argumentativo de ambas as antíteses doutrinárias.

Primeiro ponto: discorda-se de Streck na medida em que se reafirma o argumento central da decisão do STF, segundo o qual não seria compatível com o sistema constitucional vigente não reconhecer às uniões homoafetivas nem ao menos os direitos

substanciais por analogia às uniões estáveis, de forma que não seria razoável a interpretação de que a Constituição apenas permite que o legislador aja com discricionariedade quanto à questão, ela de fato impõe o reconhecimento. Além de todos os argumentos apresentados pela doutrina, pelas partes e pelos ministros (supra, p. 61-78), acrescentou-se uma análise segundo a qual regras de competência são uma importante forma de aumentar a liberdade individual e coletiva, por meio da criação de acesso a atos jurídicos, como, por exemplo, a união estável ou o casamento (supra, p. 95-100 e 115-122).

Segundo ponto: Constatou-se que tanto a tese da interpretação extensiva quanto a da integração por analogia permitiriam superar de forma equivalente a grave afetação aos direitos substanciais das uniões homoafetivas. Constatou-se também que uma delas permite que se preserve o desígnio normativo implícito do sistema constitucional de reconhecimento das uniões homoafetivas, sem, contudo, impor a reforma do precedente constitucional estabelecido pelo Min. Relator Moreira Alves na ADI 815-3, nem mesmo implicitamente. Com isso, consideram-se superadas as principais críticas de Streck, quais sejam: (1) a de reabertura de um novo turno da constituinte; (2) a de instauração de uma jurisprudência dos valores por meio da declaração de inconstitucionalidade de regra posta pelo Constituinte originário; (3) violação direta de disposição constitucional expressa e literal; e, finalmente, (4) inauguração de uma era de vulnerabilidade plena ao ativismo judicial incondicionado. Viu-se que a solução dada responde a cada um desses pontos: (1) preserva a vontade expressa pelo Constituinte originário, obtida por meio de argumento genético; (3) respeita a disposição expressa do art. 226, §3º, interpretada por meio de argumento semântico, e (2) mantendo a regra em toda sua extensão como constitucionalmente válida; e, por meio da vinculação da decisão ao argumento nuclear da “lei de conexão” (supra, p. 113), (4) mantém um controle racional dos precedentes criados a partir do julgamento, o que permite a manutenção de uma grande carga argumentativa para que sejam tomadas decisões análogas, tendo como efeito inarredável a excepcionalidade da atividade criativa do Judiciário.

Conclusão: a solução indicada neste trabalho satisfaz as demandas argumentativas apresentadas pelos dois extremos doutrinários.

As críticas de Streck, somadas aos mais valiosos argumentos de Barroso, Lopes J. e Trivisonno, norteiam as reflexões feitas a seguir, especialmente a conclusão desta seção.

4.2 A posição intermediária adotada e a crítica à postura de guardião da constituição

Na primeira seção deste trabalho, viu-se como as sociedades e o direito ocidentais se enveredaram, nos últimos dois milênios, por um caminho de recrudescimento do preconceito e da perseguição à homossexualidade. Viu-se também como a marcha civilizatória dos últimos séculos permitiu ao direito se livrar de distorcidas concepções morais ou científicas para alcançar uma nova era de retorno à liberdade e à tolerância para as minorias de sexualidade diversa. No Brasil, constatou-se como, desde a colônia e da era das ordenações, evoluiu o sistema jurídico brasileiro, mesmo que passando por percalços, como a patologização da homossexualidade do fim do sécs. XIX e do começo do XX. Não obstante, narrou-se como despontaram com força e nitidez os movimentos homossexuais da segunda metade do século XX, impondo às democracias ocidentais que se aperfeiçoassem em direção ao reconhecimento e a liberdade que por direito sempre lhes pertenceu.

Ficou clara a onda civilizatória das décadas de 1960 e 1970 que contagiou o mundo, promovendo, desde então, cada vez mais tolerância e respeito aos homossexuais. Os objetivos traçados na origem do movimento foram obtendo cada vez maior sucesso por meio da reconstrução do discurso coletivo e da abertura de espaços e possibilidades que permitissem a expansão das identidades e dos projetos. Esses espaços são claramente identificados também nos mundos da política e do direito. O exemplo do Deputado Federal Jean Wyllys é emblemático nesse sentido, mas também o são as iniciativas tomadas pelo Legislativo e pelo Executivo nos anos que antecederam a decisão da ADPF 132.

Em particular os ministros Ayres Britto e Ricardo Lewandowski descreveram bem como a evolução histórica do instituto da união estável durante realizada jurisprudencial e legislativamente durante o século XX sedimentou um arcabouço jurídico que possibilitou a decisão tomada na ADPF 132 em favor das uniões homoafetivas. Lewandowski fez referência às constituições pretéritas para demonstrar como o conceito de família foi perdendo sua vinculação exclusiva ao casamento:

Const. de 1937: "art. 124. A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado [...]"

Const. de 1946: "art. 163. A família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito à proteção especial do Estado".

Const. de 1967/69: "art. 167. A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos poderes Públicos" (BRASIL, 2011b, p. 2159).

Barroso identificou como, “apesar da literalidade do dispositivo, a jurisprudência passou a reconhecer efeitos jurídicos às uniões livres, à medida em que

avançavam as concepções culturais e sociais” (BARROSO, 2007, p. 24). Ainda na vigência do antigo texto de 1967, afirma Barroso, verificou-se uma verdadeira mutação constitucional do conceito de família, seguindo as seguintes etapas:

- a) Primeiramente, negava-se eficácia jurídica ao concubinato, estigmatizado pelo Código Civil de 1916 como relação insuscetível de qualquer proteção;
- b) Em uma segunda etapa, parte dos dissídios começa a ser resolvida no plano do direito a um salário ou indenização por serviços domésticos prestados a seu par;
- c) Em seguida, insere-se este tipo de relação no direito obrigacional, de modo a impedir o enriquecimento injustificado de um dos concubinos em detrimento do outro. Reconhece-se, então, a existência de sociedade de fato;
- d) Num momento posterior, passou-se a reconhecer verdadeira união-de-fato entre companheiros, prevendo-se efeitos jurídicos na esfera assistencial, previdenciária, locatícia etc.;
- e) Por fim, a Constituição de 1988 recepciona e aprofunda essa evolução, prevendo expressamente a figura da união estável como entidade familiar e afastando qualquer resquício de hierarquização entre tais uniões e o casamento (Ibid., p. 25-26).

Como destacou Lewandowski, desde a constituição de 1988, estabeleceu-se uma subdivisão explícita das entidades familiares reconhecidas pelo texto constitucional em três tipos: casamento, união estável e monoparental. Concorde-se com Barroso que o avanço promovido durante a segunda metade do século XX consolida um patamar jurídico no qual se deve embasar o reconhecimento das uniões homoafetivas, não sendo mais compatível com a ordem jurídica vigente, por exemplo, a repristinação da obsoleta solução da analogia com as sociedades de fato. É mesmo indispensável que se reconheça as uniões homoafetivas como as entidades familiares que são.

É necessário compreender, no entanto, as motivações que levaram o STF a se posicionar em favor da extensão do conceito jurídico do art. 226, §3º, da CF, em detrimento da solução alternativa proposta pelos Min. Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cesar Peluso. Como tentativa de fazê-lo, recorre-se, uma vez mais, à obra daquele que foi provavelmente a personagem jurídica mais marcante do julgamento, Luís Roberto Barroso. Em “O novo Direito Constitucional e a constitucionalização do Direito” (2009b), encontram-se algumas referências a respeito do papel que Barroso acredita caber à Corte representar. Segundo Barroso, estaria em curso “uma crescente judicialização da vida” (BARROSO, 2009b, p. 39), que seria pontuada por momentos de ativismo judicial. Judicialização, para o autor, consistiria na transferência das decisões de questões políticas, sociais e morais relevantes para o Judiciário. “Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder das instâncias tradicionais, que são o Executivo e o Legislativo, para juízes e tribunais” (Ibid.).

Barroso acredita que há certa desilusão com a política majoritária e que até mesmo os atores políticos prefeririam que o Judiciário decidisse questões controvertidas, como é a do aborto e a dos direitos dos homossexuais, com o intuito de evitarem desgastes. Segundo o autor, esse fenômeno seria ainda mais abrangente no Brasil, em decorrência do caráter analítico de sua Constituição. A inclusão de conteúdos na CF significaria, “de certa forma, retirá-la da política e trazê-la para o direito, permitindo a judicialização” (Ibid.). Disso decorreria que o processo de judicialização ampla decorre do desenho institucional brasileiro, e não de uma opção política do Judiciário.

O ativismo judicial, por sua vez, seria um processo afim, mas diverso do fenômeno da judicialização. Barroso definiu o ativismo como a expansão deliberada do papel do Judiciário, “mediante o uso da interpretação constitucional para suprir lacunas, sanar omissões legislativas ou determinar políticas públicas quando ausentes ou ineficientes” (Ibid. p. 40). Segundo ele, apesar de ser uma atitude que somente deveria ser assumida excepcionalmente, no atual contexto político brasileiro, seria pertinente o fato de que “o STF está à esquerda do Congresso Nacional”. Barroso ressaltou que “a judicialização jamais deverá substituir a política, nem pode ser o meio ordinário de se resolverem as grandes questões. Pelo contrário. O Judiciário só deve interferir quando a política falha” (Ibid.).

Para Barroso, seria inevitável a subversão do princípio da separação de Poderes. Tal subversão constituiria consequência inexorável da complexidade e do pluralismo da vida contemporânea. Haveria muitas situações em que, “em lugar de se limitar a aplicar a lei já existente, o juiz se vê na necessidade de agir em substituição ao legislador” (Ibid., p. 41). Para Barroso, foi exatamente isso que ocorreu no caso da ADPF 132, no qual, diante da ausência de norma disciplinando a questão, o STF precisou criar uma. Isso permitiria concluir que “o Judiciário não apenas ocupou mais espaço como, além disso, sua atuação se tornou mais discricionária” (Ibid.). Segundo Barroso, pensar assim não seria defender uma espécie de voluntarismo judicial, mas, sim, uma alternativa de extrair do sistema constitucional e legal a melhor solução (Ibid.).

Essa visão de Barroso sobre o papel da Corte parece ter influenciado fortemente a atuação do STF no caso estudado, como se aduziu das fundamentações dos ministros. É ela que deu azo às fortes críticas de Lênio Streck acerca de uma apropriação subjetiva da Constituição pelos ministros. Não sem razão, pois se viu como essa concepção produziu excessos na decisão tomada pela corte na ADPF 132. É verdade que a tese da interpretação extensiva seria defensável, mas é também certo que, ao ignorar a dinâmica

constitucional e omitir parte indispensável da motivação da decisão, a decisão configurou inegável “exacerbação do psiquismo” (LOPES M., 1993, p. 216).

José Reinaldo de Lima Lopes reforça a posição de Barroso, ao menos quanto ao caso estudado. Segundo ele:

Se a maioria parlamentar não pode tudo, e se mantiver formas discriminatórias de tratamento incorre em inconstitucionalidade, pois o Artigo 5o da Constituição Federal impede que tratamentos discriminatórios sejam perpetuados. Se a questão se deslocar para o Judiciário, vamos nos encontrar no foro daquele poder que, por definição, é antimajoritário, ou seja, é o **guardião dos interesses da minoria**. (LOPES J., 2015, grifos nossos).

Partindo da leitura feita por Conrado Hübner Mendes das metáforas que caracterizariam o papel representado pelas Cortes Constitucionais nas sociedades democráticas, poder-se-ia relacionar a visão que Barroso e Lopes J. têm do STF se aproximaria muito da metáfora da Corte como guardiã da Constituição, ou seja: um corpo composto por magistrados apolíticos que se encarregariam de avaliar a validade constitucional dos atos ou omissões legislativas. São cinco as metáforas identificadas por Mendes C. em referência às Cortes Constitucionais, as quais representariam a corte como: *veto-force*, *guardian*, *public-reasoner*, *institutional interlocutor*, e *deliberator* (MENDES, 2013). A quinta concepção foi proposta por Conrado e se pauta pelos aspectos internos das cortes, isso é: sua “composição por um pequeno grupo de magistrados argumentativamente engajados entre si para produzirem uma decisão final” (Ibid.) – leitura a partir da qual Conrado embasa sua tese sobre as virtudes da deliberação colegiada e sobre as vantagens comparativas da corte.

A reflexão que se propõe é comparar, com base nas outras quatro metáforas, tradicionalmente utilizadas pela dogmática jurídica, o papel que os ministros do STF e o atual Min. Barroso acreditam ter sido representado na decisão da ADPF 132. Apontam-se dois diálogos entre os ministros no curso do julgamento. Veja-se o primeiro deles:

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) – [...] isto o que significa? Que da decisão da Corte, importantíssima, sobre espaço dentro do qual, penso eu, com a devida vênua – pensamento estritamente pessoal -, tem que intervir o Poder Legislativo. O Poder Legislativo, a partir de hoje, deste julgamento, precisa expor-se e regulamentar as situações em que a aplicação da decisão da Corte será justificada também do ponto de vista constitucional. Há, portanto, uma como convocação que a decisão da Corte implica em relação ao Poder Legislativo, para que assuma essa tarefa, a qual parece que até agora não se sentiu ainda muito propenso a exercer, de regulamentar esta equiparação.
[...]

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Senhor Presidente, essa observação de Vossa excelência é importante, até porque algumas tentativas de regulamentação no plano infraconstitucional esbarravam numa possível impugnação perante o Supremo Tribunal Federal, para aqueles que argumentavam que uma lei seria, de plano, considerada inconstitucional. A decisão do Supremo retira qualquer consideração nesse sentido.

Portanto, isso é mais um convite, mais uma justificativa para que, de fato, eventuais dúvidas, situações peculiares dessas relações possam ser eventualmente disciplinadas.

O SENHOR MINISTRO ARES BRITTO (RELATOR) – Eu concordo. A nossa decisão claro que opera por si, mas não fecha os espaços de legiferação pelo Congresso Nacional.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI – Ao contrário, exige que esses espaços sejam ocupados.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) – Acho que convoca o Poder Legislativo, o Congresso Nacional a colaborar com a decisão da Suprema Corte para superar todas as situações que são, na verdade, situações dramáticas do ponto de vista social, porque resultantes de uma discriminação absolutamente injustificável.

O SENHOR MINISTRO ARES BRITTO (RELATOR) – [...] É um abrir de portas para a comunidade homoafetiva, mas não é um fechar d portas para o Poder Legislativo (BRASIL, p. 2327-2328).

A partir dessas declarações, pode-se concluir que os ministros interpretam a decisão que estão tomando como uma reafirmação da natureza da corte de interlocutor institucional. Segundo essa metáfora, a corte, mesmo que detenha a última palavra no controle de constitucionalidade, a decisão teria caráter pontual, na medida em que inclui o legislador (e também outros intérpretes e aplicadores da lei) em uma deliberação que não se encerra com a decisão da corte, mas que amadurece com ela. A corte seria apenas um ator importante em um debate institucional de longo prazo de possíveis idas e vindas. Com isso, haveria respeito à ampla margem de competência do legislador, mesmo que decisões firmes da corte sejam necessárias em alguns momentos.

No entanto, repare-se em um segundo diálogo:

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – [...] De quando em vez se afirma que o Supremo Tribunal Federal está exorbitando de suas funções, e se alega, então, que nós estamos a interferir em demasia na disciplina do sistema político. Foi assim na discussão, por exemplo, sobre a fidelidade partidária; recentemente se invocava a autonomia do Congresso Nacional no caso da Lei da Ficha Limpa, e aqui, de novo, até uma dessas revelações da perversão do sistema. Se os senhores compulsarem os debates no Congresso Nacional, os senhores verão que não poucos parlamentares diziam, clara e sonoramente, que estavam fazendo aquela lei para atender a um tipo de pressão, mas que o Supremo a derrubaria. É quase uma perversão do sistema representativo. Vamos atender às pressões imediatas, mas o Supremo vai derrubar, porque ela é inconstitucional.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Ainda bem que acreditam em nosso taco. Ainda bem!

Ora, essa segunda leitura constitui um triste retrato do estado de coisas da democracia brasileira. Ela vai ao encontro da percepção de Barroso de que “há certa desilusão com a política majoritária e que até mesmo os atores políticos prefeririam que o Judiciário decidisse questões controvertidas, como é a do aborto e a dos direitos dos homossexuais, com o intuito de evitarem desgastes” (supra, p. 144). A postura da corte é hipócrita, na medida em que se afirma como interlocutor institucional em suposta relação de horizontalidade com o Legislativo, mas, em verdade, age como verdadeiro guardião da Constituição em todas as questões mais relevantes da política nacional. A relação é claramente vertical e a submissão do Legislativo chegou a se tornar parasítica.

Alguns diriam que mesmo que se possa criticar a postura da corte como interlocutora institucional, ainda assim sua atuação teria sido compatível com a posição dworkiniana, denominada por Mendes C. de *Public-Reasoner*, na qual a corte assume a condição de um fórum de princípios, tomando decisões por meio de uma cultura da justificação (MENDES, 2013). Tampouco se pode concordar com isso quando a análise crítica realizada chegou à conclusão irrefutável de que as argumentações apresentadas pelas partes e, especialmente, pela tese prevalente no julgamento, também são maculadas por uma hipocrisia correlata. O emblema maior de tal hipocrisia foi a distorção interpretativa identificada (supra, p. 103-104). Na mesma medida em que Barroso propugnou expressamente pela máxima de que:

Para que seja possível compreender a fundamentação adotada pelo discurso jurídico e controlar ou criticar o processo interpretativo, seria indispensável a honestidade intelectual e a transparência que somente seriam capazes por meio da obediência a esse dever ético (BARROSO, 2007, p. 5).

No entanto, explicitamente distorceu-se a história institucional brasileira e contaminou-se a legitimidade da decisão com uma interpretação, como se viu, distorcida que foi determinante para o resultado do julgamento e ficou consagrada na ementa da decisão (supra, p. 105-108). Seria compatível com a cultura de justificação dworkiniana uma decisão que viola frontalmente o mandamento constitucional da motivação escoreta das decisões (art. 93, IX, da CF)? Acredita-se que não. Além disso, como compatibilizar a leitura dada por Barroso ao fato de que hoje “o STF está à esquerda do Congresso Nacional” com a teoria dworkiniana de prevalência dos argumentos de princípio sobre os argumentos de política?

O fato de que, na decisão estudada, os ministros facilmente reescreveram a regra posta pelo Constituinte originário, mas nem sequer cogitaram alterar a jurisprudência do STF (ADI 815-3) diz muito sobre a postura que a corte tem adotado. O que fez o STF,

inspirado na tese de Barroso, foi simular a existência retroativa de um sentido superficial do texto do art. 226, §3º, da CF, por meio de uma prestidigitação argumentativa que desrespeita os que se opõem sinceramente à tese, os que se preocupam com a motivação escoreita das decisões judiciais, os limites impostos ao juiz contra a arbitrariedade e a democracia deliberativa – cuja qualidade é diretamente proporcional à qualidade de seus discursos, sociais e institucionais. O desígnio normativo atribuído ao texto era insofismável, perverso e desprezível, sim, mas insofismável. Esquivar-se dessa realidade e encobrir o erro histórico é preservar uma coerência normativa e jurisprudencial ilusória com base em artifícios argumentativos e expedientes retóricos ao invés de construir uma democracia com base na verdade. O princípio basilar da democracia a ser refundada pela geração do milênio há de ser a sinceridade, especialmente na assunção dos próprios erros. Isso vale para Executivo, Legislativo, Judiciário e também para a política pública não estatal. A decisão tomada pelo STF, da forma como foi fundamentada e da forma como dissimulou realidades, ludibriou interlocutores e negligenciou consequências, ou seja, foi na contramão desse princípio.

Bernardo Gonçalves Fernandes costuma afirmar que, quando o Legislativo quer, ele decide e assume a palavra final, como foi o caso da Emenda Constitucional nº 57/08, que adicionou aos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, o art. 96: “Ficam convalidados os atos de criação, fusão, incorporação e desmembramento de Municípios, cuja lei tenha sido publicada até 31 de dezembro de 2006, atendidos os requisitos estabelecidos na legislação do respectivo Estado à época de sua criação” (BRASIL, 2015b). O Poder Legislativo atuou como verdadeiro Constituinte derivado-reformador, promulgando em 18 de dezembro de 2008 essa emenda, para retificar a inconstitucionalidade da criação de 57 municípios, por meio de lei estadual em contrariedade ao art. 18, §4º¹⁹, da CF. O STF havia declarado a inconstitucionalidade dos atos em sede de ADI, e o Legislativo reagiu, impondo-se. Bernardo Gonçalves corretamente apontou que a anistia promovida pelo Congresso Nacional, na verdade, foi um atalho institucional, pois o problema originalmente era decorrente da inobservância do próprio Legislativo do disposto no art. 18, §4º. Ao invés de cumprir com suas atribuições constitucionais, o Congresso teria preferido um “paliativo” que

¹⁹ “§4º A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por Lei Complementar Federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei” (BRASIL, 2015b).

apenas adiou o problema, pois a “anistia” se limitou aos Municípios criados por lei estadual até 31 de dezembro de 2006 (FERNANDES, 2011).

A partir dos inequívocos exemplos citados de abuso de discricionariedade por parte do Judiciário e de atuação parasítica e “paliativa” do Legislativo, conclui-se que há evidências fortes de um desequilíbrio institucional grave na democracia brasileira. Todo esse cenário de distorções aponta para um sistema constitucional que se apoia no paternalismo da corte para compensar uma falta de maturidade democrática. O sintoma maior dessa doença é a cada vez mais frequente posição adotada por juristas brasileiros, que consiste em relegar, ao Legislativo, somente aquelas questões importantes cuja decisão parlamentar sabe-se que coincidirá com sua própria convicção subjetiva; mas retirar dele as questões importantes com relação às quais se suspeita que o legislador decida em sentido contrário. É isso que parece estar ocorrendo novamente, por exemplo, no caso da ADI 4650, no qual já há adesão de maioria dos ministros do STF para declarar inconstitucionais as contribuições privadas de campanha, entre eles a do Min. Luís Roberto Barroso, segundo o qual: “o que está em discussão é o momento em que a democracia brasileira vive e as relações entre a sociedade civil, a cidadania, a classe política e o Poder Legislativo” (STF, 2013).

A qualidade de uma democracia é diretamente proporcional à sua cultura democrática e à qualidade dos discursos institucionais. Depreciaria a legitimidade da corte se a mera desconfiança de que o STF poderia ter tomado uma decisão extremada, em detrimento de um meio-termo ponderado, para se promover como protagonista de um processo emancipatório. Nesse sentido, indaga-se até que medida o STF promoveu a mutação constitucional na exata medida do que o contexto social e político permitiam, ou foi além para se promover como instituição guardiã em detrimento de um equilíbrio institucional, especialmente em detrimento da esfera de competência do Legislativo.

4.3 Decisão *contra legem*?

Mhardoqueu França fez uma coerente leitura da obra de Robert Alexy, segundo a qual se encontrariam as decisões *contra legem* no embate entre os princípios da justiça e da segurança jurídica. Elas decorreriam da “pretensão de correção [de primeira ordem], que se refere à dimensão ideal do direito e diz respeito à justiça, que é um princípio material ou substancial e exige que a decisão seja moralmente correta” (FRANÇA, 2015, p. 105). Tais decisões somente seriam possíveis quando a aplicação de um princípio material

sobrepuja, em face de circunstâncias específicas, o princípio formal da segurança jurídica, que exige um compromisso com o direito real autorizadamente positivado e eficaz (Ibid.).

“A correção de segunda ordem [já é] mais abrangente e abarca a dimensão ideal e real do direito, ou seja, os princípios da justiça e segurança jurídica. se conectam por meio de uma ponderação, busca por harmonia” (Ibid.). Mhardoqueu deixou claro como, em Alexy, da dupla natureza do direito decorre a harmonia do sistema. “A decisão *contra legem* seria o desconectar do princípio da segurança jurídica, configurando exceção à dupla natureza do direito” (Ibid.). Isso é: quando a harmonia não é possível a positividade deve ceder frente à pretensão de correção (de primeira ordem) (Ibid.).

França concluiu bem que “a decisão *contra legem* causa no ordenamento jurídico um rompimento brusco com o direito posto” (Ibid., p. 104), e formula um enunciado que representa a decisão *contra legem*: “A decisão contrária à lei é possível quando se estabelece a seguinte relação: decisão *contra legem*, não corresponde à lei e esta não corresponde à pretensão de correção” (Ibid., p. 105).

França considerou que houve decisão *contra legem* no caso da ADPF 132, pois haveria a prevalência de um princípio material sobre um princípio formal, chegando-se, então, a uma decisão *contra legem* fundada em injustiça. Mhardoqueu reconheceu a possibilidade de crítica a essa visão fundada no fato de que o STF somente realizou interpretação conforme do art. 1.723 do CC, sem haver invalidação de qualquer dispositivo legal. Para ele as possibilidades de isso ocorrer, afastando o direito positivado, seriam: (1) os casos de injustiça extrema; e (2) pretensão de correção por meio de ponderação e prevalência de princípio material sobre princípio formal (FRANÇA, 2015, p. 150).

Entretanto, França fez a observação expressa de que decisões *contra legem* não lidam com critérios de validade, isso é: não versam sobre controle de constitucionalidade. Não seria uma norma do ordenamento jurídico aquela que já não atende aos critérios de validade, ou seja, uma norma que já é antagônica ao estabelecido na constituição (Ibid.). Ele se refere à construção teórica de Thomas da Rosa Bustamante, bastante eloquente nesse sentido (2005, p. 243):

Só é relevante uma teoria acerca da argumentação jurídica *contra legem* enquanto se estiver tratando de leis cuja validade esteja fora de disputa. Não estamos falando, portanto, de leis inconstitucionais. Leis inconstitucionais devem ser invalidadas, devem ser eliminadas de uma vez por todas do ordenamento jurídico. Embora o controle de constitucionalidade suscite, na maior parte das vezes, uma série de particularidades que geram sérios e

relevantes problemas de justificação das decisões, este não é o foro ideal para discuti-las.

Bustamante concluiu que não se trata de decisão *contra legem* quando não é possível resolver o caso sem que seja plenamente afastada a aplicação da regra jurídica em favor dos princípios constitucionais (BUSTAMANTE, 2005, p. 182). Segundo o autor, os casos genuínos de decisões *contra legem* são aqueles em que há “colisão entre um princípio constitucional e uma regra infraconstitucional, pois o princípio constitucional não gera razões suficientes para declarar a invalidade da regra, mas, sim, para introduzir uma cláusula de exceção, por meio de uma ponderação” (Ibid., 2010, p. 621-622).

Viu-se anteriormente que Mhardoqueu França concordou com Alexandre Trivisonno que o resultado final da ponderação feita pelo STF seria a imposição do reconhecimento das uniões homoafetivas como uniões estáveis nos termos do art. 226, §3º, da CF, por meio de uma regra constitucional implícita obtida por meio de ponderação de princípios (supra, p. 128-129). Entretanto, como também se constatou, Trivisonno concluiu que qualquer dos resultados da ponderação que levem à imposição dessa forma de reconhecimento, advém necessariamente do estabelecimento de hierarquia entre normas constitucionais e da declaração de inconstitucionalidade da regra do art. 226, §3º, ainda que não expressa (supra, p. 91-92). Note-se que a possibilidade de declaração de invalidade, especialmente a parcial, da regra do art. 226, §3º, é extremamente problemática para o conceito fechado de Bustamante, segundo o qual não seria decisão *contra legem* aquela que se pauta pela declaração de inconstitucionalidade de uma regra, pois ela já não seria parte válida do ordenamento.

Interpretando Mhardoqueu França e Thomas Bustamante (e o próprio Alexy) à melhor luz, conclui-se que, caso revisse-se a jurisprudência firmada por Moreira Alves na ADI 815-3, poder-se-ia considerar como decisão *contra legem* a declaração de inconstitucionalidade (especialmente a parcial) de uma regra constitucional, bastando, para tanto, configurar-se, por meio da ponderação, a preponderância concreta do princípio material sobre o formal. Isso se verifica com especial clareza nos casos de mutação constitucional em sede de controle abstrato e concentrado, como o que se analisou.

4.4 O mandamento da sinceridade argumentativa e a superioridade moral da minoria estigmatizada

Conforme justificado anteriormente, esta pesquisa parte do pressuposto de que as decisões *contra legem* se contraporiam principalmente ao princípio formal da competência do legislador democraticamente legitimado (supra, p. 135-136), ainda mais do que o princípio da segurança jurídica. Haveria um choque entre a representação democrática direta do legislador e a representação argumentativa das cortes constitucionais, e deve prevalecer a primeira na maior parte dos casos, cabendo à corte a carga argumentativa de demonstrar que um determinado ato comissivo ou omissivo fere o núcleo fundamental de normas constitucionais.

Decisões como essa somente podem ser tomadas a partir de uma posição de honestidade histórica e de sinceridade hermenêutica. Viu-se, no caso estudado, que os ministros reconheceram uma mutação constitucional advinda da transformação da realidade social que subjaz o direito. Ilustrou-se em detalhes na parte histórica-cultural do trabalho como evoluiu o discurso coletivo em relação à identidade e às relações homossexuais na sociedade brasileira.

Como bem observa Mônica Sette Lopes:

Deve ser garantida, pela potencialidade de exercício do imprevisível, a concessão de meios de segurança contra o arbítrio, em que se inserem recursos a instâncias jurisdicionais superiores, sem se falar do controle externo exercido pela doutrina e, sob certo aspecto, pela opinião pública (LOPES M., 1993, p. 151).

Essa é uma das formas de garantir o controle, mesmo que não imediato, das arbitrariedades e dos excessos cometidos pelo Judiciário, nem que seja corrigindo-os para o futuro por meio de um amadurecimento jurisprudencial. Fazê-lo, especialmente em casos como esse, perpassa em grande parte o estabelecimento claro dos marcos temporais jurídicos, permitindo que os interlocutores históricos, especialmente a sociedade e a doutrina jurídica, possam interpretar o mais inequivocamente possível o que ocorreu. Se houve uma mutação constitucional que implicou no afastamento de uma regra constitucional expressa e inofismável posta pelo Constituinte originário, é importante definir o arcabouço interpretativo em que se baseou essa mudança sistêmica e, mais do que isso, como isso afeta o passado.

A reconstrução retroativa de significados perpetrada pelos que adotaram a tese principal proposta por Barroso caracteriza uma esquizofrenia constitucional profundamente danosa à segurança jurídica e à coerência do sistema, na medida em que derruba os pilares da clareza e da sinceridade na interpretação da lei. Entre o ligar e o desligar o passado, é importante reconhecer a realidade em suas nuances mais duras, especialmente no exercício da jurisdição, pois, "mais do que qualquer outra disciplina, o direito é tradição, ele se constitui através de sedimentações sucessivas de soluções e as próprias novidades que ele produz derivam de maneira genealógica de argumentos e de razões autorizadas em um momento ou outro do passado" (OST, 2005, p. 61).

Unida à tarefa de garantir a existência durável da sociedade e sua coesão por meio do respeito a seus integrantes está a incumbência de manter íntegra "institucionalização da tradição nacional, esta identidade narrativa e simbólica, este conjunto de normas e de símbolos que definem a nação na sua continuidade histórica" (Ibid.). Somente é possível fazer isso, especialmente nos momentos de virada e de ativação do futuro em superação de um equívoco pretérito, por meio da identificação sincera e realista do que foi o passado, tanto mais completa quanto maior o erro. O que o STF fez foi acobertar o erro original da Constituição de 1988, simulando uma integridade regressa do sistema jurídico, quando sua decisão somente foi possível porque ela não existia.

Isso fica especialmente claro no caso específico da ADPF 132, uma vez que a decisão a que chegou a corte é contraditória com os próprios pressupostos que a ensejaram. Da forma como foi decidido, estipulou-se que, a despeito da letra da lei, a norma sempre foi esta agora criada por interpretação extensiva e que os homossexuais sempre tiveram direito à união estável e, por conseguinte, ao casamento. Tal decisão relega ao limbo jurídico quase toda a jurisprudência e aplicação da lei do período de 1988 a 2011, julgando-a inconstitucional. As consequências para o futuro tampouco são desprezíveis. A menos grave é a da extensão indireta do instituto do casamento aos homossexuais, pois sustentada em sólida base de justiça material. Verdadeiramente grave é o precedente gerado de que a corte pode subverter o sentido das palavras em favor de ímpetus emancipadores quando julgar que o Congresso é excessivamente conservador, mesmo que não se trate de ameaça grave ou gravíssima a direitos fundamentais.

O STF condenou a omissão do legislador, mas o precedente que não permite que se hierarquizem normas constitucionais ou que se declare a inconstitucionalidade de regras originais da constituição de 1988 é seu. Entendeu que o Legislativo tinha o dever de ter

considerado e regulado a união homoafetiva, mas ignorou seu o próprio dever de ter apontado as implicações jurídicas e distinguido os conceitos que foram objeto da decisão. Nesse sentido, afirmou claramente Trivisonno: “Faltou ao tribunal tanto a clareza de assumir que o reconhecimento desse tipo de união implicava violação ao princípio da segurança jurídica quanto a disposição de analisar a questão da dinâmica constitucional”.

O STF criou um precedente histórico, mas, como foi demonstrado, também poderia tê-lo feito sem deixar qualquer mancha sobre a legitimidade da decisão, respeitando os limites da atividade jurisdicional e preservando a autonomia do Legislativo, aproximando extremos e corrigindo pontualmente excessos valorativos de preconceito arraigados na sociedade brasileira. Ao invés disso, deu azo à crítica do ativismo que, aos olhos da maioria conservadora religiosa, contamina e desqualifica a importante mudança legal promovida. Muitos diriam que não importa à Corte a rejeição dos opressores preconceituosos. Não? Não é dessa corte que se pediu durante toda a ADPF 132 que promovesse pacificação social? A superioridade moral inerente à compreensão do outro, especialmente por parte da minoria estigmatizada quando vitoriosa em sua busca por reconhecimento e emancipação, é fator imprescindível para obter um sucesso completo quando se discute o progresso moral de uma coletividade.

A decisão contrariou os principais pilares hermenêuticos erguidos por Barroso na introdução de sua tese, foram eles:

Já os intérpretes – doutrinários, administrativos ou judiciais – devem atribuir sentido e alcance às leis de modo a evitar que produzam, concretamente, efeitos inequalitários. Em certas situações, respeitado o limite semântico dos enunciados normativos, deverão proceder de forma *corretiva*, realizando a interpretação das leis conforme a Constituição (BARROSO, 2007, p. 14, grifos nossos).

Para que seja possível compreender a fundamentação adotada pelo discurso jurídico e controlar ou criticar o processo interpretativo, seria indispensável a honestidade intelectual e a transparência que somente seriam capazes por meio da obediência a esse dever ético (Ibid., p. 5).

A tese principal de Barroso, no entanto, nitidamente adotou como um de seus argumentos centrais uma distorção interpretativa que influenciou profundamente todo o curso dos eventos que levaram à decisão da ADPF 132.

Tomar uma decisão que efetivamente estendeu o regime jurídico do casamento sem nem ao menos anunciar essa provável implicação no julgamento trata-se de omissão argumentativa grave. Como ensina Mônica Sette Lopes: “a motivação das decisões constitui o meio mais eficaz para o controle, pela opinião pública, da conduta do magistrado”. É uma das

conquistas que a Revolução Francesa trouxe para as democracias ocidentais e um dos sustentáculos centrais do Estado de Direito. Trata-se de um momento processual no qual a atividade jurisdicional deve manifestar sua porção volitiva, por expressa previsão legal (art. 93, IX, da CF). **É a etapa em que se desnuda a cena, focalizando-se as linhas de opções seguidas pelo juiz, o que pode denunciar até eventuais exacerbações** (Ibid., p. 215). Lopes M. diz ainda: “motivar as decisões judiciais, mesmo interlocutórias, constitui uma das principais formas de controle da exacerbação do psiquismo com vistas à segurança jurídica” (Ibid., p. 216, grifos nossos).

Mesmo que se considere que a decisão teria sido a mesma, é evidente que os argumentos que servem para a união estável não necessariamente servem para o casamento. É indispensável retomar uma reflexão feita anteriormente (supra, p. 112) e perguntar uma vez mais: seria constitucional conviverem paralelamente a regra do §3º do art. 226, que dispõe: “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”; e uma outra regra que dispusesse: “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, sendo vedada sua conversão em casamento”? Se a resposta for afirmativa, é inevitável o reconhecimento de que, nos termos postos por Lopes M., o STF excedeu sua legítima margem de discricionariedade e se enveredou pelo campo do psiquismo jurídico, dando azo às pesadas críticas de Lênio Streck.

Ressalve-se que a posição assumida por esta pesquisa é a de que definitivamente foi melhor tomar a decisão da forma como se tomou do que deixar desamparada uma minoria esquivando-se de um problema que afetava diretamente o núcleo de direitos fundamentais. As observações feitas neste encerramento de trabalho são extremamente difíceis de serem feitas, principalmente porque tocam um tema sensível que envolve a personalidade, a intimidade e a vida de milhões de brasileiros. Não obstante, ousa-se adentrar a matéria com o objetivo de dar uma contribuição argumentativa para a construção de uma democracia mais madura fundada sobre a tolerância e o respeito, de forma a permitir chegar o mais rapidamente possível a uma sociedade que integre plenamente os homossexuais sem qualquer estranhamento ou tratamento diferenciado. Defende-se a extensão de todos os regimes jurídicos familiares existentes às uniões homoafetivas, inclusive o casamento. Entretanto, pelas razões apontadas anteriormente e por algumas outras apontadas adiante, faz-se ressalvas quanto ao comportamento do STF e a forma como interpretou a realidade social e o sistema jurídico, especialmente quanto à função que lhe cabe.

Para a sociedade religiosa brasileira, existe um valor simbólico no conceito tradicional de família. Os ministros consideraram que não seria um argumento razoável para ensejar uma ponderação em face dos direitos dos homossexuais que estavam sendo violados. Estavam certos os ministros em afirmarem que não existiria monopólio moral sobre um regime jurídico. Entretanto, a partir do momento em que todos os direitos essenciais são reconhecidos, como os previdenciários, os assistenciais, os sucessórios, e os contratuais, o que resta é uma disputa puramente simbólica. O direito de acesso ao rótulo casamento, por si só, é um direito fundamental? Não estendê-lo aos homossexuais seria afetar de forma extraordinariamente grave sua dignidade, sua igualdade e sua liberdade? A maior parte das grandes democracias ocidentais, hoje, ainda entende que não. E mesmo que se acredite, como pessoalmente se acredita, que deveria haver a extensão inclusive do rótulo casamento às uniões homoafetivas, a questão que se coloca é se é papel do Judiciário decidi-lo, especialmente quando a vontade do constituinte originário é expressamente contrária.

No campo simbólico definido, a disputa é puramente moral e a afetação aos valores defendidos por ambos os lados é certamente muito menos grave do que a negação de direitos civis inerentes à posição jurídica. Caberia ao Judiciário arbitrar disputas simbólicas da sociedade ou decretar a falência de uma concepção moral hegemônica? O princípio da proporcionalidade impõe que, entre duas decisões que preservam de forma similar o mandamento de um princípio (no caso o da igualdade), deve-se adotar aquela que menos afeta o princípio colidente (a competência do legislador). Caso haja duas decisões equivalentes no que for relevante, o juiz tem a obrigação de escolher a menos onerosa para o lado contrário. Quanto mais a ação criativa do STF se separa dos direitos fundamentais essenciais e evolui dos conceitos mais abertos aos mais fechados das entidades familiares, mais afeta os valores que a sociedade tradicional brasileira atribui a esses institutos (o que foi recepcionado historicamente pelo direito, mesmo que essa história venha sendo revista), sobretudo o casamento.

Isso fica claro na tímida e até compreensiva reação dos críticos da decisão logo após o julgamento. Veja-se um exemplo de reação da Igreja:

D. Orani João Tempesta, arcebispo do Rio, afirmou que recebem apoio da Igreja leis relacionadas à partilha de bens de pessoas do mesmo sexo que construíram um patrimônio juntas. Contudo, **não seria possível admitir a equiparação legal com o casamento heterossexual, com o consequente reconhecimento dos direitos associados a uma família tradicional** (JURISTAS, 2015, grifos nossos).

Nesse mesmo sentido, veja-se declaração de Ives Gandra Martins:

Pessoalmente sou contra o casamento entre homossexuais, não contra a união. A união pode ser feita e tem outros tipos de garantias, como as patrimoniais. Minha posição doutrinária, sem nenhum preconceito contra os homossexuais, é que o casamento e a constituição de família só pode acontecer entre homem e mulher. Mas o Supremo é que manda e sou só um advogado (Ibid., grifos nossos).

Reconhecer, como propõe Lewandowski, uma "união homoafetiva estável" afetaria menos os princípios formais, reconhecer a união estável homoafetiva mais, e reconhecer o direito dos homossexuais ao casamento iria imediatamente de encontro às concepções e aos valores de ampla camada da sociedade, postos por meio de regra expressa pelo Constituinte originário. Nem ao menos considerar essa questão é não oferecer um mínimo de deferência a uma significativa parcela da população simplesmente porque seria conservadora e retrógrada. Ainda mais grave é fazer uso de artil para tomar uma decisão sem nem ao menos cogitar seus efeitos concretos. Essa seria uma postura coerente com a honestidade intelectual propugnada por Barroso e pelo paradigma hermenêutico atual? Que fosse um evento excepcional, mas outros julgamentos em curso na corte, como o da ADI 4650, indicam que é apenas o início de uma era de ativismo e judicialização da política, expressamente anunciada em obra doutrinária, diga-se.

Dar a devida consideração aos valores do grupo vencido contribuiria para que ele se identificasse com a decisão e reconhecesse a legitimidade da justiça que foi realizada. O desprezo e o repúdio inferiorizantes só acirram os ânimos e promovem distanciamentos. Reconhece-se que Barroso e vários dos ministros fizeram ressalvas expressas de que “as concepções religiosas dogmáticas [...] fazem parte da vida contemporânea” (BARROSO, 2007, p. 6). Entretanto, na ementa se afirma: “a constituição federal não empresta ao substantivo família nenhum significado ortodoxo” (BRASIL, 2011b, 2335). Apesar das ressalvas vazias, o que o STF de fato fez foi dar razão a um preconceito a setores conservadores da sociedade, o que fica claro no voto do Min. Relator: “nada incomoda mais as pessoas do que a preferência sexual alheia, quando tal preferência já não corresponde ao padrão social da heterossexualidade. **É a velha postura de reação conservadora aos que, nos insondáveis domínios do afeto, soltam por inteiro as amarras desse navio chamado coração**” (Ibid., p. 2078, grifos nossos). É injusta também a comparação da posição tradicionalista à sustentação de Lord Devlin (supra, p. 68), feita, por exemplo, no voto do ministro Marco Aurélio. Reduzir a posição conservadora atual à de Devlin é interpretar suas reivindicações à pior luz. Como se demonstrou em profundidade, não se trata mais da proibição da homossexualidade. Mais do que isso, adotada a solução proposta, não faltaria

regulamentação das uniões estáveis e nem haveria violação substancial aos direitos fundamentais à igualdade e ao reconhecimento. A mera consideração formal de Barroso às posições conservadoras e religiosas mascara um banimento material de valores morais legítimos da política e do direito. Essa não é a atitude sincera e respeitosa que se espera da corte.

Todos os direitos fundamentais inerentes ao casamento estão garantidos com a união estável, ou a constituição não estabelecerá apenas que a conversão deva ser facilitada, mas mandatória. O casamento é, portanto, uma competência ritualística revestida de uma simbologia adicional inequivocamente tradicional, uma posição jurídica cuja história se relaciona a todos os valores que ora se rejeita à democracia e ao constitucionalismo atuais. Esse rótulo, especialmente revestido de significado religioso e tradicionalista é um direito inalienável dos indivíduos? É imprescindível que sejam estendidos aos casais homossexuais?

A extensão dos conceitos legais, especialmente do conceito de casamento, às uniões homoafetivas afronta, do ponto de vista da maior parte da coletividade, a simbologia tradicionalista da moral cristã que teria sido herdada pela Constituição de 1988, com especial valor quanto ao instituto do casamento. Mesmo que se concorde que essa simbologia e esses valores devam ser superados, a questão mais importante aqui é: o papel de promover tal superação cabe ao STF? É permitido à corte intervir diretamente na batalha de convicções morais e impor criativamente para o futuro um sistema de novos valores da família da sociedade brasileira? O estudo demonstrou que parece que o STF se excedeu à escorreita superação por analogia de incompletude aparente do sistema para cair em um subjetivismo jurisprudencial maquilhado de interpretação sistêmica. Esse subjetivismo seria, na verdade, atribuir ao sistema verdadeira lacuna ideológica, legislando para superá-la (BOBBIO, 1999, p. 139-143).

Além disso, seria, para os próprios homossexuais, indispensável a apropriação dessa posição jurídica tão eivada de simbolismo tradicional? Até que ponto o STF não ameaçou a dinâmica constitucional para garantir a conclusão imediata da gradativa evolução do conceito de família, antecipando o expurgo completo da simbologia moral-religiosa do direito de família, quebrando um sustentáculo jurídico da fé de um grupo? Essa simbologia historicamente ligada aos regimes familiares, especialmente ao instituto jurídico do casamento, vinha, sim, sendo paulatinamente superada, mas essa superação não havia sido concluída. Esse excesso não carregaria alguma passionalidade de compensação vindicativa do passado de opressão cruelmente imposto aos homossexuais? Na ânsia de se subjugar o

adversário perverso na batalha por um valioso território jurídico e moral, não se teria invadido além do que seria estritamente direito fundamental, visando a atingir um núcleo moral cujo ganho é em grande medida a iconoclastia da fé opressora? O excesso de fúria de Aquiles sobre Heitor frente aos portões de Tróia, aos olhos de seu povo e de seu pai, foi movido por excesso de paixão, e não pela razão. Tal como Heitor, a maioria conservadora e religiosa, por mais que muitos os coloquem do lado oposto à civilização, do lado bárbaro²⁰, é inegável que acredita sinceramente na defesa que faz da família, da “pólis” e da tradição, segundo seus valores. Trata-se de um desacordo sincero que merece deferência da corte, não descaso. Merece razão e equilíbrio, não excesso e paixão.

As dúvidas são ainda maiores se considerarmos que, para garantir o reconhecimento efetivo das relações homossexuais, a mera extensão do rótulo formal do casamento às uniões homoafetivas não é meio significativamente mais eficaz do que a criação de um regime próprio; mesmo que se considere a importância da interrupção da espiral do ódio apontada por Lopes J.. Pelo contrário, ao tomar-se uma decisão contaminada em alguma medida pela arbitrariedade, pela hermenêutica insidiosa e pelo ocultamento de implicações jurídicas em um verdadeiro cavalo de tróia argumentativo²¹; assume-se o risco de afastar a maioria conservadora e religiosa do diálogo democrático. A descrença generalizada na legitimidade do Judiciário ou mesmo a descrença pontual em uma determinada composição da corte constitucional podem dificultar o combate ao preconceito e à discriminação subjacente ao discurso público, dificultando a pacificação da sociedade brasileira e gerando distanciamento ao invés de aproximação, rejeição ao invés de identidade, rancor ao invés de respeito.

Concorda-se que houve mutação constitucional e que a Constituição brasileira de fato impunha o reconhecimento às uniões homoafetivas, mas não ficou demonstrado, pela fundamentação da decisão, que o mesmo se aplica ao casamento entre pessoas do mesmo

²⁰ Contempla-se implicitamente a discussão existente na *Ilíada* sobre o reconhecimento dos troianos como bárbaros ou como gregos pelas hostes de Agamenon. O respeito demonstrado a muitos dos troianos durante as batalhas, recitando os nomes de seus antepassados demonstra que seriam vistos como parte integrante da civilização grega. O fim da *Ilíada* é especialmente emblemático: reconhecem-se a Heitor todas as honras a que fez jus pela grandeza com que liderou a ousada campanha ofensiva fora das muralhas da cidade e com que enfrentou os notórios campeões da Grécia, um após outro.

²¹ A metáfora ganha força especialmente se considerado o fato de que foi o próprio Min. Joaquim Barbosa que propôs e presidiu a aprovação da resolução do CNJ que obriga os cartórios a registrarem o casamento homoafetivo (supra, p. 17 e RECONDO, 2013).

sexo. **Se a carga argumentativa para criar o direito é fardo do Judiciário, especialmente quando decide em contrariedade ao desígnio expresso do Constituinte originário, então a omissão equivale ao excesso.** É preciso distinguir a superioridade moral da minoria estigmatizada do ímpeto vindicativo iconoclasta. A injustiça e a perversidade do passado de opressão imposto por meio do direito não pode justificar uma compensação por meio de excessos jurídicos no presente, e certamente não é papel da corte deixar-se levar pela fúria vindicativa de Aquiles.

A postura combativa foi e ainda é indispensável ao movimento homossexual para que conquistasse espaço, respeito e reconhecimento nos últimos 50 anos. O enfrentamento dos 10 mil de *Stonewall Inn*, em 1969, ilustra isso com muita clareza (supra, p. 32-33). A imposição pela resistência e pelo enfrentamento são indispensáveis quando o Estado e o direito oprimem. Entretanto, há um segundo momento em que a vitória total passa a se anunciar no horizonte e ao menos a igualdade formal já foi conquistada. Nesse momento, é importante saber identificar a diferença substancial entre a guerra por direitos e a guerra no campo do discurso moral. No campo do discurso moral, em um regime democrático, é menos eficiente a tentativa de imposição vertical de verdades. Infelizmente, não se consegue apagar em um par de anos o preconceito herdado por gerações.

A superioridade moral não é inerente à opressão sofrida, ela é conquistada a duras penas pela superação dos estigmas e pelo cotidiano grito de liberdade que alforria o oprimido e o opressor. O movimento homossexual, especialmente desde as décadas de 1960 e 1970 tem proporcionado essa libertação à sociedade e à democracia brasileiras. A plena assunção dessa superioridade moral, no entanto, necessariamente abarca uma postura compreensiva que leva ao respeito pelo outro, inclusive pelo opressor. Essa é a forma mais equilibrada e eficaz de uma democracia alcançar o amplo respeito e a pacificação social. A exigência imediata e impositiva que desconsidera o arcabouço histórico no qual os interlocutores foram inseridos é consideravelmente menos eficaz porque produz grande resistência. O cristianismo provou a eficiência do amor pelo opressor como forma de propagação de uma posição moral superior, transformando-se de uma religião proibida, perseguida e estigmatizada, na religião oficial do Império Romano (supra, p. 20-22). Tratar-se-ia, de certa forma, de sugerir que o movimento homossexual conquiste terreno discursivo sendo mais cristão do que os próprios cristãos, pelo menos do que aqueles que rejeitam o valor da tolerância e do amor ao próximo.

Essa posição parece harmonizar-se com as leituras de Luis Mott e de Anderson Ferrari. Retoma-se especialmente a posição de Mott, que identifica o potencial revolucionário da homossexualidade:

Hoje em dia, nos inícios do terceiro milênio, quando muitos e muitos machistas homófobos repetem acriticamente a terrível pena de morte: “Viado tem mais é que morrer!”, e quando, na prática, os homossexuais continuam sendo, no Brasil, dentre todas as minorias sociais, as principais vítimas do preconceito e discriminação, estamos presenciando a persistência de um mito, velho de quatro mil anos, imposto a nossos antepassados à custa de pedradas e da fogueira da Inquisição – mito cruel e pernicioso que hoje, na era dos computadores, urge que ceda lugar ao respeito dos direitos humanos e à diversidade cultural. **Sobretudo, porque há muito tornou-se ridiculamente caduca aquela fobia irracional ao potencial revolucionário representado pelo amantes do mesmo sexo** (MOTT, 2001, p. 59, grifos nossos).

E, finalmente, Anderson Ferrari, sobre o conceito de intimidade:

Suas principais características são “o caráter ‘aberto’ da autoidentidade e a natureza reflexiva do corpo” (Giddens, 1993, p. 41). **Isso significa dizer que, para os grupos que estão lutando para se libertar de classificações preconceituosas e de identidades cristalizadas, a questão “quem sou eu?”** A intimidade é, principalmente, uma questão de comunicação emocional entre os homens e com cada um individualmente [...].
 [...] **A intimidade é concebida como um palco de luta política, constituindo-se como projeto de emancipação. Emancipação e autonomia caminham juntas nessa luta, já que a autonomia é o pré-requisito para a elaboração de projetos de emancipação. A aposta é por uma mudança de dentro para fora, uma transformação da intimidade iniciada pela autonomia de seus integrantes para a auto-reflexão.** A partir daí são abertas as possibilidades dos projetos de emancipação para além do movimento, ramificando-se para outras instituições. Não se trata apenas de emancipação e autonomia. Como conclusão, pode-se pensar todo esse processo como uma ação para a democracia (FERRARI, 2004, p. 108, grifos nossos).

Ferrari vai além:

Quando se propõem [nos encontros promovidos pelo movimento gay] discussões mais impessoais, como a representatividade no legislativo como condição para a defesa de questões que interessam ao movimento, o entusiasmo é menor e rapidamente ocorre a fuga ao tema nas reuniões, e a discussão descamba para outros assuntos fora do foco inicial.

Quando as pessoas perdem interesse pelo mundo público, quando não há um envolvimento pessoal e quando a vida pública se torna questão de obrigação formal, enfim, quando há uma deformação da vida pública, isso também afeta as relações íntimas, a vida privada, que passa a despertar o interesse das pessoas.

Sendo assim, a luta do movimento gay articula-se em torno do grande problema da nossa sociedade, ou seja, uma vida pessoal desmedida e um interesse pela vida pública esvaziada (Ibid.).

O sucesso do movimento gay não emancipa apenas a si mesmo, mas a toda a sociedade brasileira. O enorme potencial revolucionário identificado por Mott é verdadeiro, mas, para que ele se concretize, é preciso também que aprenda com as revoluções morais do passado. A busca por autoconhecimento dessa minoria liberta de muitas formas a todo o corpo social. É principalmente por isso que se sugere a reflexão sobre o fardo da moderação que incumbe aos emancipadores. Não se trata de escusar as opressões e a estigmatização, essas certamente devem ser repudiadas e punidas; trata-se de lidar com a realidade a partir de uma perspectiva não maniqueísta que compreenda sua complexidade e as limitações do tempo em que se vive. A alternativa seria antagonizar a maior parte de uma geração inteira. O antagonismo gera afastamento e não aproximação. O potencial de mudança de dentro para fora apontado por Ferrari não se limita à mudança de dentro do indivíduo (do autoconhecimento e da intimidade pessoal) para o fora coletivo (o grupo). Essa mudança também se realiza de dentro do grupo para o fora da sociedade em todos os seus âmbitos de existência, inclusive a cultura, a política e o direito. É preciso compreender o presente e o passado para perdoá-los, e perdoá-los para ativar o futuro (OST, 2005) pelas portas da integração e da libertação que o movimento gay abriu para a democracia brasileira.

5 CONCLUSÃO

A alternância do estilo narrativo entre as três partes do texto foi proposital. Tentou-se transmitir, por meio da primeira seção, eminentemente empírica, o efeito contagiante de confiança na qualidade da decisão tomada pelo STF, de forma a reproduzir o contexto histórico e discursivo no qual o tribunal julgou o caso. O objetivo era proporcionar ao leitor uma pequena mostra do quanto o momento antológico do estabelecimento de um marco emancipatório pode influenciar a interpretação dos fatos e do direito.

Na segunda seção, passou-se de um estudo das teses doutrinárias que embasaram as ações constitucionais e seu julgamento para uma análise crítica dos argumentos apresentados como fundamentação da decisão. O objetivo dessa seção era proporcionar ao interlocutor uma sensação de divisão e de impasse, contrapondo uma forte demanda por justiça e reconhecimento a aspectos eminentemente formais e jurisprudenciais que dizem mais respeito à dinâmica constitucional do que à vida real das pessoas, especialmente quando envolvido o sofrimento concreto de uma minoria cujo estigma é reafirmado pelo silêncio jurídico.

Na última parte do trabalho, escancaram-se os efeitos da decisão, especialmente suas implicações jurídicas, para inverter a sensação de otimismo original do leitor, revelando-lhe uma posição extremada como a de Streck, para fortalecer a convicção de que o meio-termo proposto seria uma decisão mais razoável que os dois extremos para o caso. Com isso, fundamentou-se não só por argumentos, mas também por meio do estilo narrativo, a teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy, fundada no princípio da proporcionalidade, e demonstrada por meio da ponderação de princípios. Reconhece-se a perspectiva privilegiada, quatro anos futura à decisão, a partir da qual foi possível exercer o controle doutrinário maduro, apontando distorções que podem ter escapado à época, mas que devem ser observadas para a aplicação futura do direito e para a correção dos excessos da corte.

A partir da contextualização histórica e comparativa da situação dos direitos dos homossexuais no Brasil, avaliando o sucesso do movimento homossexual em sua campanha pelo reposicionamento das identidades homossexuais na cultura e, por meio dela, na política e no direito; concluiu-se que têm sido bem sucedidos os esforços do movimento homossexual em sua busca por reconhecimento e igualdade e que a decisão tomada pelo STF

foi um avanço civilizatório que aprimorou a democracia brasileira. Identificou-se no contexto descrito um entusiasmo contagiante da crescente conquista de espaços discursivos que foi tendo reflexos esporádicos no mundo do direito por meio de alguns precedentes criados e também uma frustração oriunda de reiteradas vedações de uma maioria parlamentar conservadora às tentativas de promover, pelo Executivo e pelo Legislativo, medidas que enfrentassem o problema da discriminação e da violência contra os homossexuais. A influência desse pano de fundo moral e político foi abertamente reconhecida pelos ministros, que recorreram diversas vezes aos argumentos da omissão do legislador e da transformação social subjacente à mutação constitucional.

Por meio da análise crítica das principais argumentações apresentadas no curso do processo, em especial das fundamentações presentes nos votos dos ministros, obteve-se um importante resultado principal, que foi a distinção entre a tese prevalente (interpretação extensiva) da tese dissidente (integração de lacuna por analogia). Partiu-se de premissas fundamentadas durante toda a pesquisa para chegar à conclusão final sobre qual das soluções seria mais apropriada e sobre a adequação do papel assumido pelo STF. Destacaram-se as seguintes premissas: (1) as regras postas pelo legislador, especialmente pelo constituinte originário, devem ser levadas a sério, especialmente quando perversas, devendo ser corrigidas e não ignoradas como se virtuosas fossem; (2) princípios formais procedimentais só podem superar princípios materiais de direitos fundamentais se conectados a outros princípios materiais – ao que Alexy chama de “lei da conexão”; (3) era imprescindível que o STF reconhecesse o núcleo substancial de direitos fundamentais oriundos das competências civis ligadas às entidades familiares, especialmente em razão dos argumentos da igualdade e da não discriminação em função de orientação sexual – regras de competência afetam diretamente a amplitude das liberdades jurídicas dos indivíduos; (4) não é possível estender interpretativamente a competência definida no art. 226, §3º, por meio de relativização de seus requisitos expressos sem que se declare sua inconstitucionalidade, ao menos parcial (expressa ou tacitamente); (5) é possível que uma regra que reconheça a união homoafetiva coexista com a regra do art. 226, §3º, sem que seja declarada sua inconstitucionalidade, desde que seja criado um regime jurídico análogo e as regras não sejam contraditórias; e (6) assumindo explicitamente o papel do legislador, o STF estendeu, implicitamente, o regime legal do casamento às uniões homoafetivas, fundamentando sua decisão em tese que não previu expressamente essa possibilidade.

Em detrimento da solução efetivamente adotada pelo STF, optou-se pela tese da integração por analogia como solução mais equilibrada para o caso porque reconheceria os mesmos direitos substanciais da união estável às relações homoafetivas sem alterar profundamente a dinâmica constitucional estabelecida pela jurisprudência da corte (ADI 815-3). Reconheceu-se que a tese da interpretação extensiva adotada pelo STF também seria razoavelmente defensável, mas que a fundamentação efetivamente apresentada pelos ministros não foi suficiente para superar a carga argumentativa imposta para a alteração de desígnio do Constituinte originário expresso clara e inequivocamente.

Concluiu-se que a ausência de motivação satisfatória indicou uma exacerbação da discricionariedade do STF e uma invasão à competência do legislador. Apesar do inequívoco avanço civilizatório, o papel ativista, da forma como foi expressamente assumido pela corte, afetou negativamente o equilíbrio institucional e deixou como herança jurisprudencial uma considerável margem à arbitrariedade e ao subjetivismo. O mandamento da sinceridade argumentativa é a chave para a reafirmação da democracia brasileira pelas próximas gerações. A emancipação das minorias discriminadas é um dos objetivos mais nobres de que se incumbem o Estado e, quanto ao núcleo inalienável de direitos fundamentais, o STF. A autodescoberta dos indivíduos e grupos homossexuais e a busca por seu pleno reconhecimento pela sociedade permite que a sociedade se redescubra e se aprimore, mas a superioridade moral da minoria estigmatizada não deveria se corromper em exacerbação ou em ímpeto vindicativo iconoclasta, especialmente no discurso jurídico que embasa decisões históricas que marcam grandes avanços civilizatórios.

A maior preocupação deste trabalho foi o precedente de ativismo e subjetivismo que a decisão criou. No caso da decisão conjunta da ADPF 132 e da ADI 4.277, o STF tomou uma decisão com a qual se concorda materialmente. A cautela, entretanto, suscita a seguinte preocupação: e quando o tribunal exceder novamente os limites formais para tomar uma decisão da qual se discorda? Como contê-lo? Nuanças podem fazer grande diferença para o amadurecimento de democracia. No curto prazo, é indispensável garantir proteção aos direitos fundamentais, especialmente seu núcleo inalienável. No longo, especialmente quando se tem convicção da superioridade moral, é importante ter a paciência para paulatinamente tornar o melhor argumento hegemônico. Trata-se, acima de tudo, da fé nos melhores argumentos; da crença de que eles prevalecem discursivamente nas sociedades democráticas, ao custo de muita dedicação moral prática e discursiva, o que o movimento homossexual tem feito com sucesso ímpar desde a revolução das décadas de 1960 e 1970.

5 REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

AGUIAR, Asdrúbal. **A evolução da pederastia e do lesbianismo na Europa**. Separata do Arquivo da Universidade de Lisboa, v. XI. Lisboa, Universidade de Lisboa, 1926.

ALEXY, Robert. As dimensões real e ideal do Direito. In: TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes *et al* (Org.). **Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, p. 129-138, 2014a.

_____. Balancing, Constitutional review and representation. **International Journal of Constitutional Law**. Nova Iorque: Oxford University Press and New York School of Law, V. 3, p. 572-581, 2005a.

_____. **Conceito e validade do direito**, trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes, 1 ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

_____. Princípios formais. In: TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes *et al* (Org.). **Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, p. 3-36, 2014b.

_____. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Trad. Zilda Hudson, 2ª ed., São Paulo: Landy, 2005b.

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais** Trad. Virgílio Afonso da Silva, 5 ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ALMEIDA, Candido Mendes de. **Código philippino ou ordenações e leis do reino de Portugal**. 14. ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico. 1870.

ARISTÓTELES. **Ética à Nicômaco**. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Editora Martin Claret, 2007.

BACHOF, Otto. **Verfassungwdrige Verfassungsnormen?**. Tübingen: Mohr Siebeck, 1951.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009a.

_____. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador, nº 16, maio-junho-julho-agosto, 2007.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. Neoconstitucionalismo e a Constitucionalização do Direito. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (Org.). **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009b.

_____. O novo Direito Constitucional e a constitucionalização do Direito.

_____. Supremo Tribunal Federal, Direitos Fundamentais e Casos Difíceis. **RBDC – Revista Brasileira de Direito Constitucional**, nº 19, p.109-137, 2012.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, 10ª ed., Brasília Editora UnB, 1999.

BOMFIM, Silvano Andrade. Homossexualidade, Direito e Religião: da pena de morte à união estável. A criminalização da homofobia e seus reflexos na liberdade religiosa. **RBDC – Revista Brasileira de Direito Constitucional**, nº 18, jul. a dez., p. 71-103, 2011.

BOSWELL, John. **Christianity, Social Tolerance, and Homosexuality: Gay People in Western Europe from the Beginning of the Christian Era to the Fourteenth Century**. Chicago: University of Chicago Press. 1980.

BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 17 mai. 2015a.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 17 mai. 2015b.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277. Relator Min. Ayres Britto. **Diário de Justiça**, Brasília, 14 out. 2011a.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 815-3. Relator Min. Moreira Alves. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266547>>. Acesso em: 20 mai. 2015. **Diário de Justiça**, Brasília, 10 mai. 1996.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132. Relator Min. Ayres Britto. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=11872>>. Último acesso em: 04 jun. 2015. **Diário de Justiça**, Brasília, 14 out. 2011b.

BRASIL REALIZOU 3,7 mil casamentos entre pessoas do mesmo sexo. **Estadão Conteúdo**. Última atualização: 15 mai. 2015. Disponível em: <http://www.brasilpost.com.br/2015/05/15/casamentos-gays-brasil_n_7294236.html>. Acesso em: 17 mai. 2015.

BRITTO, Fernanda de Almeida. União Afetiva entre Homossexuais e seus Aspectos Jurídicos. São Paulo: LTr, 2000.

BROKEBACK MOUNTAIN. Direção: Ang Lee. Produção: James Schamus, Larry MacMurtry e Diana Ossana. Intérpretes: Heath Ledger, Jake Gyllenhaal, Anne Hathaway, Michelle Williams e outros. Roteiro: Larry MacMurtry e Diana Ossana. Baseado na obra de Annie Proulx. Los Angeles: Focus Features, 134 minutos, 2005.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Argumentação contra legem**: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. Princípios, regras e conflitos normativos: um modelo para a justificação das decisões contra legem a partir da teoria de Robert Alexy. **Pensar – Revista de Ciências Jurídicas**, Fortaleza, v. 15, n. 2, p. 602-628, jul./dez., 2010.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **O pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Trad. Antônio Manuel da Rocha Menezes Cordeiro, Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989.

CROMPTON, Louis. **Homosexuality & Civilization**. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

DALLAS BUYERS CLUB. Direção: Jean-Marc Vallée. Produção: Robbie Brenner e Rachel Winter. Intérpretes: Matthew MacConaughey, Jennifer Garner, Jared Leto e outros. Roteiro:

Craig Borten e Melisa Wallack. Los Angeles: Truth Entertainment e Voltage Pictures, 116 minutos, 2013.

DEVLIN, Patrick. *Morals and the Criminal Law*. In: DWORKIN, Ronald (Org.), **The Philosophy of Law**. Oxford: Oxford University Press, 1991.

DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual: o Preconceito e a Justiça**. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

DWORKIN, Ronald. **A matter of principle**. 9ª impressão. Cambridge: Harvard University Press, 2000.

_____. **Sovereign Virtue**. 4ª impressão. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

_____. **Taking Rights Seriously**. 4ª impressão. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

EM SÃO PAULO, 70% dos homossexuais já sofreram agressões. **Redação Carta Capital**. Última atualização: 26 jul. 2012. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/sociedade/na-capital-70-dos-homossexuais-ja-sofreram-agressoes>>. Acesso em: 20 mai. 2015.

FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família**: curso de direito civil. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FELICÍSSIMO, Manuella. (Re)Apresentações da homofobia e da homossexualidade: um estudo discursivo a partir de vídeos do kit “Escola Sem Homofobia”. Tese – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo horizonte, 2014.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. Os passos da hermenêutica: da hermenêutica à hermenêutica filosófica, da hermenêutica jurídica à hermenêutica constitucional e da hermenêutica constitucional à hermenêutica constitucionalmente adequada ao Estado Democrático de Direito. In: FERNANDES, Bernardo Gonçalves (Org.). **Interpretação constitucional**: reflexões sobre (a nova) hermenêutica. Salvador: JusPODIVM, 2010.

FERRARA, Francesco. *Como aplicar e Interpretar as Leis*. Trad. Joaquim Campos de Miranda. Belo Horizonte: Editora Líder, 2002.

FERRARI, Anderson. **Revisando o passado e construindo o presente**: o movimento gay como espaço educativo. *Revista Brasileira de Educação*, v. 25, p. 105-115, 2004.

FIGARI, Carlos. **As Outras Cariócas**: Interpelações, experiências e identidades homoeróticas no Rio de Janeiro Séculos XVII ao XX. Editora UFMG-Belo Horizonte; Editora IUPERJ-Rio de Janeiro, 2007.

FRANÇA, Mhardoqueu Lima. **As decisões contra legem na teoria do direito de Robert Alexy**. Dissertação – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2015.

FRANCO, Neil. **A diversidade entra na escola**: Histórias de professores e professoras que transitam pelas fronteiras das sexualidades e do gênero. Dissertação – Universidade Federal de Uberlândia, 2009.

GIDDENS, Anthony, (1993). **A transformação da intimidade**: sexualidade, amor & erotismo nas sociedades modernas. São Paulo: Editora UNESP.

GUERREIRO, Gabriela. Senado arquiva projeto de lei que criminaliza homofobia. **Folha Online**. Última atualização: 13 jan. 2015. Disponível em:

<<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/01/1574462-senado-arquiva-projeto-de-lei-que-criminaliza-homofobia.shtml>>. Acesso em: 20 mai. 2015.

HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y Validez**: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho em términos de teoría del discurso. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998.

HART, Herbert. **Law, Liberty and Morality**. Stanford: Stanford University Press, 1963.

_____. Immorality and Treason. In: R. DWORKIN (ed.), **The Philosophy of Law**. Oxford: Oxford University Press, 1991.

HERRERO BRASAS, Juan A. **La sociedad gay**: una invisible minoria. Madri: Foca, 2001.

HOMERO. **Íliada**. Trad. Manuel Odorico Mendes. 2ª ed., São Paulo: Martin Claret, 2003.

HOMOSEXUALS & THE HOLOCAUST: Himmler Speech on the “Question of Homosexuality”. **Jewish Virtual Library**. Disponível em <<https://www.jewishvirtuallibrary.org/jsource/Holocaust/homosexuality1.html>>. Acesso em: 5 mai. 2015.

HAMMERSCHMIDT, Roberto. Netflix: Com 2,2 mi de assinantes, Brasil é o 2º que mais cresce no mundo. **Tecmundo**. Última atualização: 09 fev. 2015. Disponível em: <<http://www.tecmundo.com.br/netflix/74839-netflix-2-2-mi-assinantes-brasil-2-cresce-mundo.htm>>. Acesso em: 20 mai. 2015.

HONNETH, Axel. **Luta por Reconhecimento**. Trad. Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2003.

HOUSE OF CARDS. Seriado. Criador: Beau Willimon. Produção: Beau Willimon, David Fincher, Kevin Spacey, Eric Roth e outros. Intérpretes: Kevin Spacey, Robin Wright, Kate Mara, Corey Stoll e outros. Washington: Netflix, 3 temporadas, 39 episódios, 55 minutos. Transmissão original: 01 fev. 2013 - presente.

JELLINEK, Harmut. **System der subjektiven öffentlichen Rechte**. 2ª ed., Tübingen: Mohr, 1905.

JURISTAS e Igreja contestam a decisão do STF sobre união homoafetiva. **Estadão ciência**. Última atualização 05 mai. 2011. Disponível em: <<http://ciencia.estadao.com.br/noticias/geral/juristas-e-igreja-contestam-a-decisao-do-stf-sobre-uniao-homoafetiva,715497>>. Acesso em: 23 mai. 2015.

LEYRET, Henry. Les nouveaux jugements du Président Magnaud. Paris: C. Reinwald, 1903.

LOPES, José Reinaldo de Lima. O direito ao reconhecimento para gays e lésbicas. **SUR - Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, ano 2, nº 2, p. 64-95, 2005.

_____. **O Direito na História: lições introdutórias**. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2009.

LOPES, Mônica Sette. **Os juízes e a ética do cotidiano**, São Paulo: Edições LTr, 2008.

_____. **A equidade e os poderes do Juiz**, Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

MACHADO, Leonardo Diogo Cardoso Nogueira. **Patologização do Desejo**: o *homossexualismo* masculino nos manuais de medicina legal do Brasil das décadas de 1940 e 1950. Monografia, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010.

MELO, José Marques. **As telenovelas da Globo**: Produção e Exportação. São Paulo: Summus Editorial, 1988.

MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

MILL, John Stuart. **On Liberty**. Nova York: Meridian, 1974.

MOLINA, Luana Pagano Peres. A homossexualidade e a historiografia e trajetória do movimento homossexual. **Antíteses**, v. 4, nº 8, p. 949-962, 2012.

MOTT, Luiz. A revolução homossexual: o poder de um mito. **Revista USP**, São Paulo, nº 49, p. 40-59, março/maio, 2001.

NAPHY, William. **Born to be Gay: a History of Homosexuality**. London: Tempus, 2006.

PARKER, Richard. **Abaixo do Equador**. Rio de Janeiro: Ed. Record, 2002.

PERSECUTION of Homosexuals in the Third Reich. **Holocaust Encyclopedia** - United States Holocaust Memorial Museum. Disponível em: <ushmm.org>. Acesso em: 15 mai. 2015.

PHILADELPHIA. Direção: Jonathan Demme. Produção: Jonathan Demme e Edward Saxon. Intérpretes: Tom Hanks; Denzel Washington e outros. Roteiro: Ron Nyswaner. Los Angeles: TriStar Pictures, 125 minutos, 1993.

PLATÃO. **Banquete**. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002.

MARQUES, Camila. SP tem maior parada gay do mundo pelo 2º ano consecutiva. **Folha Online**. Última atualização: 29 mai. 2005. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/ilustrada/ult90u51010.shtml>>. Acesso em: 15 mai 2015.

MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

MUNIZ, Diógenes. Parada gay surpreende e bate novo recorde. **Folha Online**. Última atualização: 17 jun. 2006. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/ilustrada/ult90u61505.shtml>>. Acesso em: 15 mai. 2015.

OLIVEIRA, Rosa Maria. Fronteiras Invisíveis: Gêneros, Questões identitárias e Relações entre movimento homossexual e Estado no Brasil. **Revista Bagoas**, nº 4, p. 160-172, 2009.

OST, François. **O tempo do Direito**, trad. Élcio Fernandes, Bauru: Edusc, 2005.

PARADA GAY bate recorde, dizem organizadores. **Folha Online**. Última atualização: 10 jun. 2007. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2007/06/303251-parada-gay-bate-recorde-dizem-organizadores.shtml>>. Acesso em: 15 mai. 2015.

RECONDO, Felipe. CNJ obriga cartórios a celebrar casamento entre homossexuais. **O Estado de S. Paulo**. 14 mai. 2013. Disponível em: <<http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,cnj-obriga-cartorios-a-celebrar-casamento-entre-homossexuais,1031678>>. Acesso em: 17 mai. 2015.

REIS, Toni. O movimento homossexual. In: FIGUEIRO, Mary Neide Damico (Org.). **Homossexualidade e educação sexual: construindo o respeito à diversidade**. Londrina: EdUEL, p. 101-102, 2007.

RIBEIRO NETO, Renato Alves. A importância da explicitação do sopesamento e da presença de argumentos práticos gerais nas decisões do Supremo Tribunal Brasileiro – caso da ADPF 132 e da ADI 4277. In: CONGRESSO BRASIL-ALEMANHA DE TEORIA DO DIREITO E DIREITO CONSTITUCIONAL: *CONTEITO E APLICAÇÃO DO DIREITO EM ROBERT*

ALEXY, 2013-2014, Belo Horizonte, **Anais**, Belo Horizonte: Imprensa Universitária da UFMG, p. 187-192, 2014.

_____. **Os Pontos de Convergência entre o Discurso Jurídico e o Discurso Prático Geral e a Aplicação deste pelo Judiciário Brasileiro**: Análise da presença de Argumentos Práticos Gerais e sua relação com os Argumentos Jurídicos na decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF 153 a partir dos conceitos de Robert Alexy. Monografia – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2009.

RIO DE JANEIRO (Estado). **Decreto-lei nº 220**, de 18 jul. 1975. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/decest.nsf/13a8832c3ad51674832569d0006c75a4/cb7fc6f032ee6e5683256eb40054bd0e?OpenDocument>>. Acesso em: 17 mai. 2015.

SALOMÃO, Lucas; e ALEGRETTI, Laís. Senado aprova por 52 votos a 27 indicação de Luiz Fachin para o STF. **G1**. Última atualização: 19 mai. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/05/senado-aprova-por-52-votos-27-indicacao-de-luiz-fachin-para-o-stf.html>>. Acesso em: 25 mai. 2015.

SAME-SEX MARRIAGE around the world: From criminal prosecutions to legal unions. **CBC News**. Última atualização: 7 fev. 2012. Disponível em: <<http://www.cbc.ca/news/world/same-sex-marriage-around-the-world-1.799137>>. Acesso em: 20 abr. 2015.

SARTORI, Tríssia Ordovás. Após sucesso da novela “Fina Estampa”, filme sobre o mordomo Crô estreia nesta sexta nos cinemas. **Diário Catarinense**. Última atualização: 29 nov. 2013. Disponível em: <<http://diariocatarinense.clicrbs.com.br/sc/variedades/noticia/2013/11/apos-sucesso-da-novela-fina-estampa-filme-sobre-o-mordomo-cro-estrela-nesta-sexta-nos-cinemas-4349558.html>>. Acesso em: 20 mai. 2015.

SOARES, Leonardo Antônio. **O discurso gay na televisão**: uma análise das representações gays nas novelas. Dissertação – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2009.

STF, Notícias: Ministro Roberto Barroso julga procedente ADI que questiona financiamento de campanhas. Publicado em: 12 dez. 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=255924>>. Acesso em: 20 mai. 2015.

STRECK, Lênio Luiz. **Ulisses e o canto das sereias**: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um terceiro turno da constituinte. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/13229/ulisses-e-o-canto-das-sereias>>. Acesso em: 05 mar. 2015. Publicado em: jul. 2009.

SUSTENTAÇÃO oral do Professor Luís Roberto Barroso nos autos da ADPF nº 132. **A defesa das uniões homoafetivas perante o STF**: uma visão humanista da vida. Publicado por Vandelson Bispo. Última atualização: 9 mai. 2011. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=5_CHQPes_ls>. Acesso em: 20 mai. 2015.

THE NORMAL HEART. Direção: Ryan Murphy. Produção: Scott Ferguson. Intérpretes: Mark Ruffalo; Matt Borner; Taylor Kitsch; Jim Parsons; Alfred Molina; Julia Roberts e outros. Roteiro: Larry Kramer. Los Angeles: HBO Films, 133 minutos, 2014.

THIS MAP shows how America compares to the rest of the world on gay rights. **The Washington Post**. 26 jun. 2013. Disponível em: <<http://www.washingtonpost.com/blogs/worldviews/wp/2013/06/26/this-map-shows-how-far-america-has-come-on-gay-rights-compared-to-the-rest-of-the-world/>>. Acesso em: 20 abr. 2015.

TREVISAN, João Silvério. **Devassos no Paraíso**: a homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade. Rio de Janeiro: Editora Record, 2007.

TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. Igualdade, Dignidade, proteção à família e união homoafetiva: o STF sem saída? In: TOLEDO, Cláudia (Org.). **Direitos Sociais em Debate**. Rio de Janeiro: Elsevier, p. 201-238, 2013.

_____, *et al* (Org.). **Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

UN ISSUES first report on human rights gay and lesbian people. **UN News Centre**. 15 dez. 2011. Disponível em: <<http://www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=40743#.VVycGvIVikp>>. Acesso em: 5 mai. 2015.

WILDE, Oscar. Lady Windermere`s Fan: a play about a good woman. In: **The Importance of Being Earnest and other plays**. Nova Iorque: Modern Library, 2003.